This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

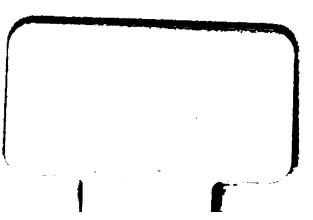
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

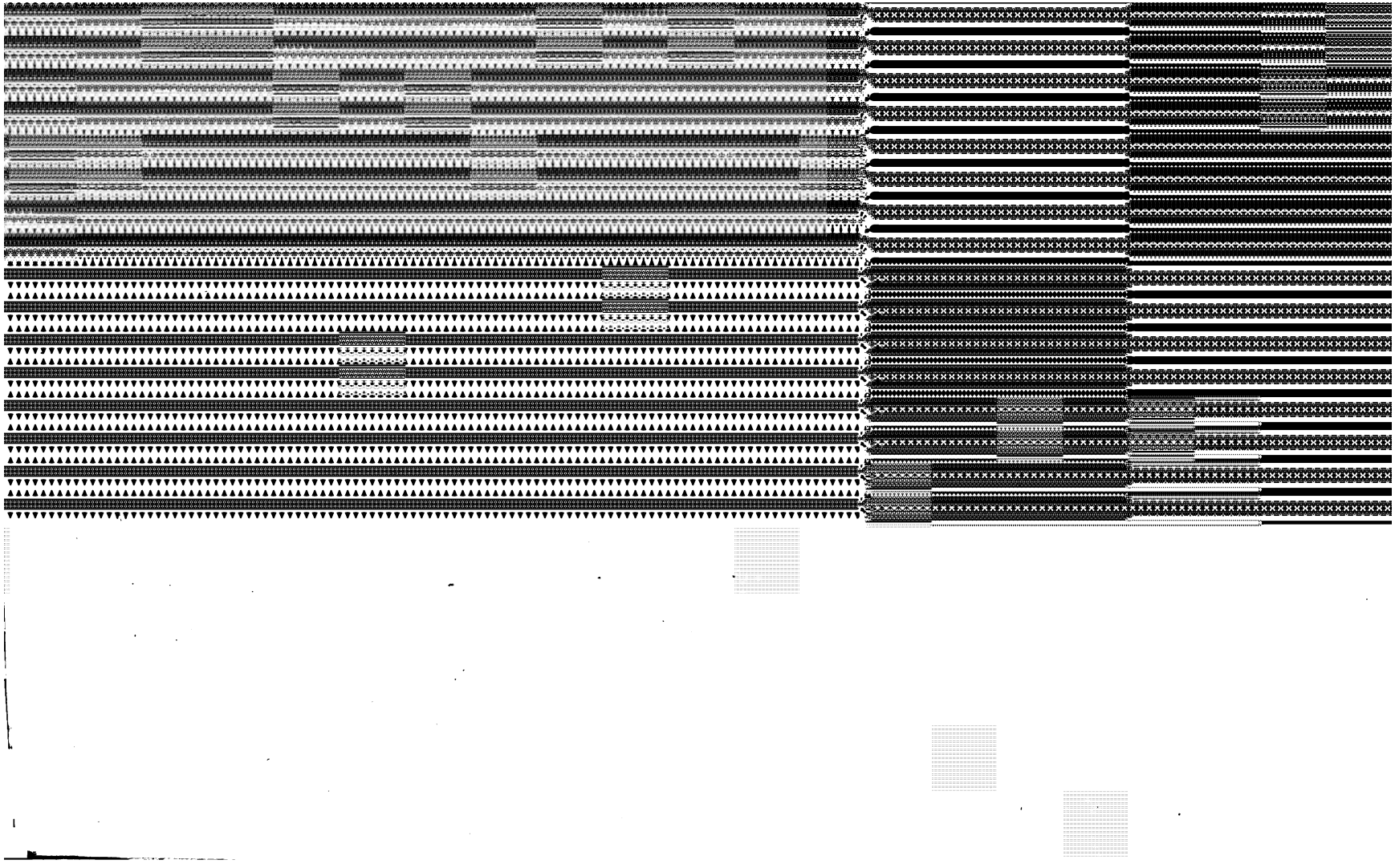
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.





Die sogenannten

doppelseitigen Klagen

des Römischen

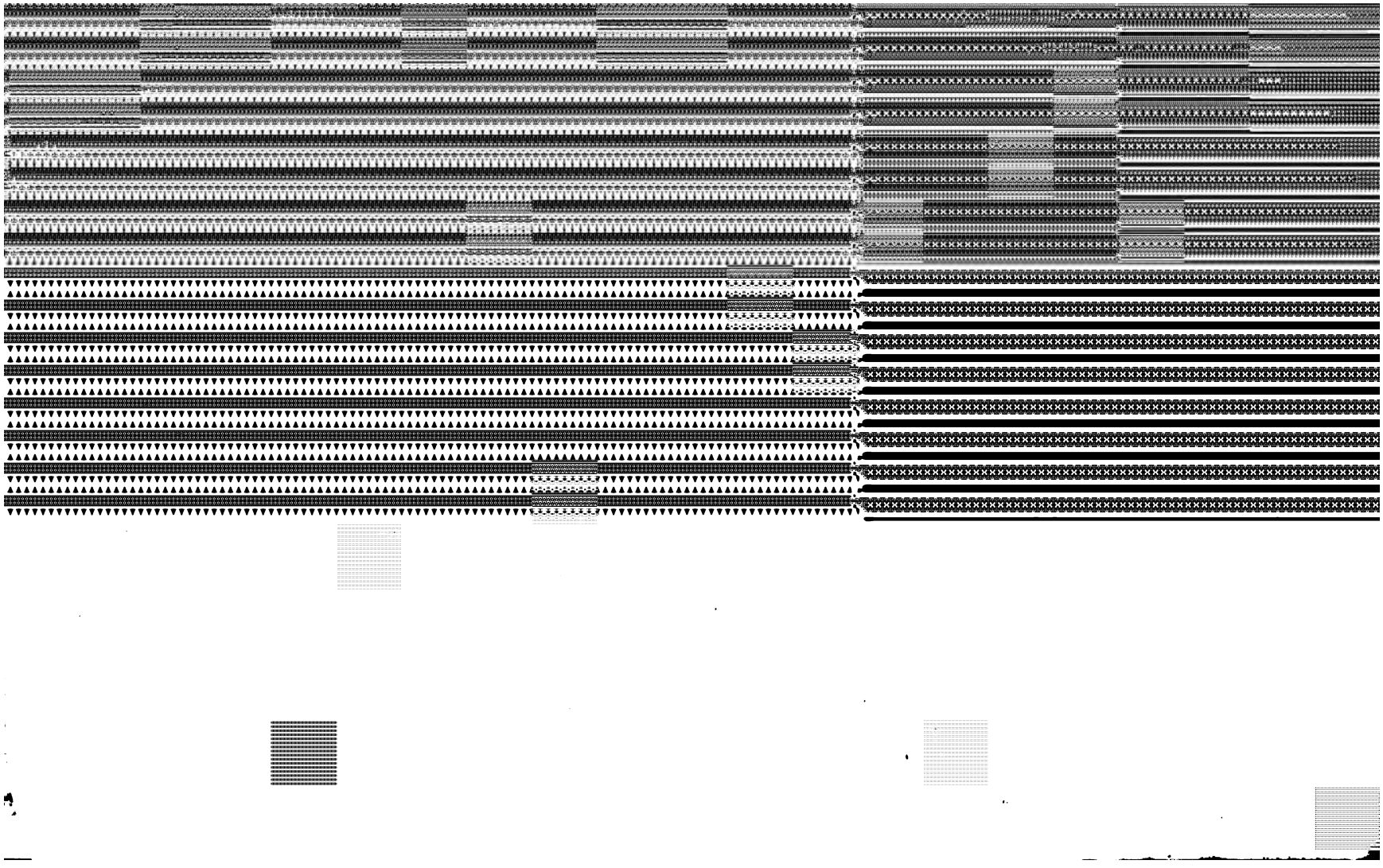
und

gemeinen Deutschen Rechts

von

Dr. Ernst Eck,
Gerichts-Assessor a. D. und Privat-Docenten zu Berlin.

Berlin,
Weidmannsche Buchhandlung.
1870.



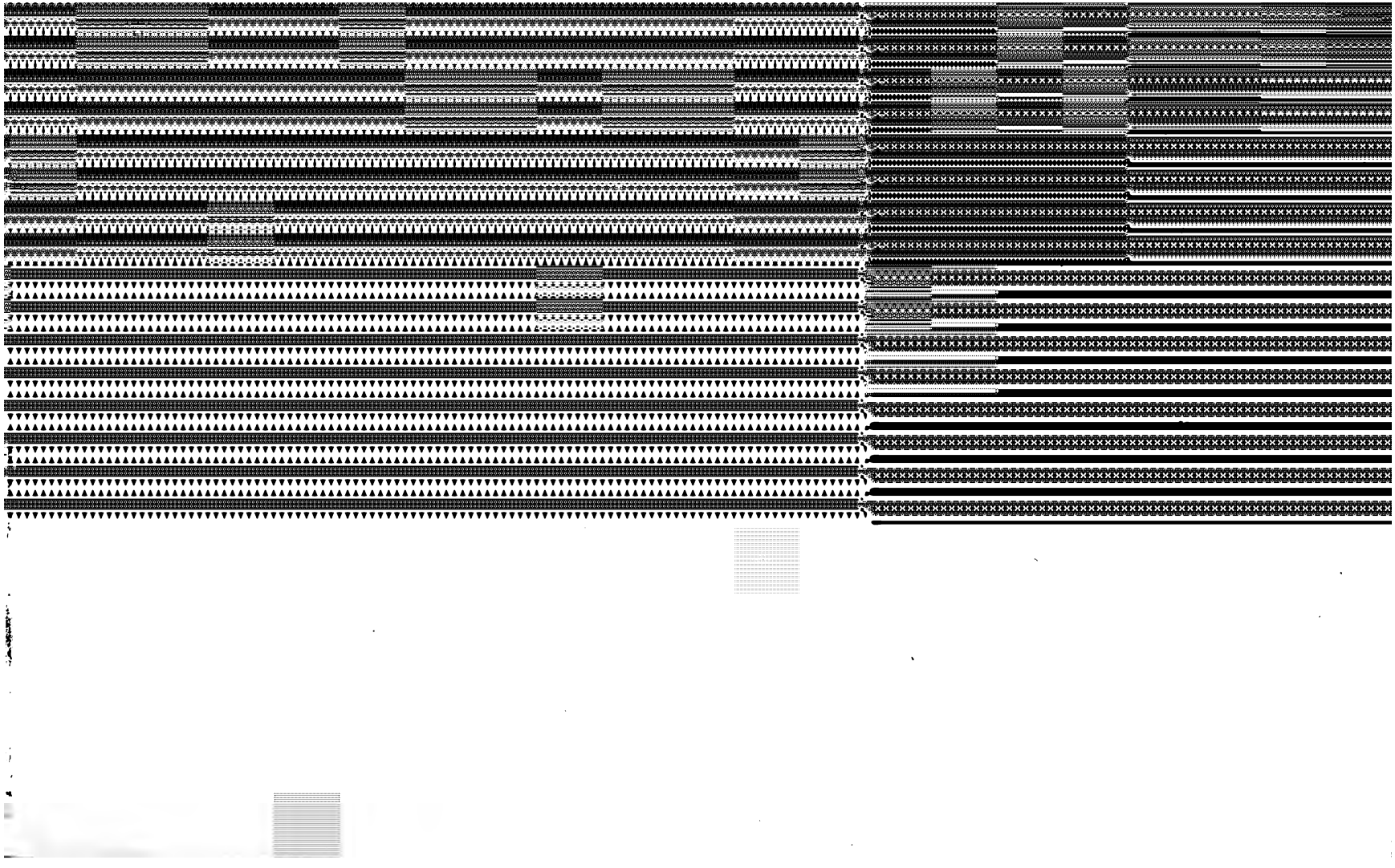
Seinem Bruder Paul

in Liebe und Treue

gewidmet

vom

Verfasser.



Inhalt.

Seite

Einleitung 1

§ 1. Erwähnung der doppelseitigen Klagen bei den Römern — bei den heutigen Juristen — Unterscheidung von Klage und Widerklage — Einheit des Streitverhältnisses — Anfechtung des Begriffs — die Aufgabe.

I. Doppelklagen in der Zeit der Legis-Aktionen . . . 7

§ 2. Die *rei vindicatio.*

Verfahren bei *legis actio sacramento in rem* — Charakter desselben nach der herrschenden Lehre — anfänglich zwei Klagen — von der Vindizienertheilung an nur eine — Bedenken dagegen — Ihering verlegt die Fixirung des Parteiverhältnisses in die Vindikationen — Bedenken dagegen — die Vindizien ohne Einfluss auf die Parteistellung — gleiche Beweispflicht beider Parteien *in iudicio* — Sieg des relativ besser Berechtigten — Einklang dieser Auffassung mit andern Erscheinungen.

§ 3. Die übrigen Vindikationen. 19

Die Erbschaftsklage — der Streit zwischen Eigenthümer und Servitut-Prätendenten — *Negatoria* und *confessoria* — Klage aus Gewaltrechten über Personen — gegenüber dem Freiheitsanspruch — fragliche Vindikationsfälle.

Seite

II. *Interdicta duplicia* 28

§ 4. Die doppelseitige Fassung.

Begriff des *interdictum duplex* — Möglichkeit solcher Fassung — Beschränkung derselben auf gewisse prohibitorische Interdikte — Ursprung der *interdicta uti possidetis* und *utrubi* — nicht immer doppelseitig — keine Zusammenfassung von *directum* und *utile* — Interdikte bei Prädial-Servituten — *interdictum Salvianum* immer als *simplex*.

§ 5. Die Wirkung der Duplizität beim *interdictum uti possidetis* . . 37

Möglichkeit einer Klage von beiden Theilen — oder auch nur von einem von beiden — Widerlegung der Ansicht von der Unerlässlichkeit gegenseitiger Klagen — Verhältniss der beiden Klagen zu einander — Unabhängigkeit der einen von der andern — *compossessio plurium in solidum* — Einfluss der *fructuum licitatio* auf die Parteistellung — Bedeutung der Besitzversteigerung — die sog. Duplizität des Interdiktsprozesses — Gleichartigkeit der Verbindung von Klage und Widerklage — Nothwendigkeit der Rollenvertheilung in beiden Fällen — die rekuperatorische Wirkung des *interdictum uti possidetis* — l. 3. pr. D. uti poss. — Begründung jener Wirkung auf eine *vis ex conventu post interdictum redditum*.

§ 6. Die Wirkungen der Duplizität bei den übrigen Interdikten . 53

Das *interdictum utrubi* — die *interdicta* zum Schutz einer *quasi possessio* — Verfahren beim Streit zwischen Sach- und Rechtsbesitzer — Verbindung der Klagen aus zwei verschiedenartigen Interdikten.

§ 7. Die Besitzklagen im Justinianeischen und im heutigen gemeinen deutschen Recht 58

Veränderung des Besitzprozesses — Anlass zur Besitzklage — wörtliche Anmassung — thätliche Störung ohne Anmassung — wörtliche Störung — rekuperatorische Wirkung — Unzulänglichkeit der Gründe für dieselbe — ihre Entbehrlichkeit im heutigen Recht — ihre Verwerfung im Mittelalter — ihre beschränkte Geltung im Preussischen Recht — Duplizität der modernen Besitzklage — Sinn dieser Bezeichnung — Grundlosigkeit derselben — verkehrte Consequenzen der Duplizitätstheorie — Zurückführung derselben auf eine Widerklage — Dogmengeschichtliche Bestätigung — praktische Folgesätze.

Seite

III. Die Theilungsklagen 88

§ 8. Geschichtliches

Die Zeit der Legis-Aktionen — die Theilungsklagen im Formular-Prozess — sog. *actiones mixtae* — wegen ihres Erfolges.

§ 9. Die Theilungsklage aus Eigenthumsgemeinschaft 92

Das Wesen des Miteigenthums — Windscheids Auffassung — Gegengründe — Accrescenz unter Miteigenthümern — Ziele der *actio communi dividundo* — Formen der Auseinandersetzung — rechtliche Natur derselben — falsche Auffassung der französisccen Juristen und des Preuss. Ober-Tribunals.

§ 10. Die Theilungsklage aus gemeinschaftlichem titulirten Besitz 105

Die Theilungsklage des redlichen Erwerbers — Formel derselben — Erklärung der l. 7. § 3. D. comm. div.

§ 11. Die Theilungsklage aus der Gemeinschaft dinglicher Rechte an fremden Sachen 110

Die Klage aus Emphyteuse und Platzrecht — aus Niessbrauch — aus Pfandrecht — zwischen Faustpfandgläubigern — zwischen Hypothekaren — zwischen Eigenthümer und Pfandgläubiger — Wirksamkeit des Theilungsspruchs unter Pfandgläubigern — keine Uebertragung von Eigenthum — noch von Besitz und Retention — sondern von Pfandrecht — mit der zugehörigen Forderung — Berechnung der Abfindungssumme — Fortbestand des Pfandrechts für den nicht gedeckten Forderungsantheil — analoge Behandlung der Auseinandersetzung zwischen Pfandgläubiger und Eigenthümer — und zwischen Theilberechtigten überhaupt.

§ 13. (12) Die Theilungsklage auf Grund der Berechtigung mehrerer Personen *in solidum* 124

Dass Verhältniss mehrerer in den Besitz Eingewiesener — Der Vorzug der Prävention — in deren Ermanglung eine Theilungsklage — zwischen mehreren Servitutberechtigten — zwischen mehreren Solidarpfandgläubigern — die Gemeinschaft unter den Conkursgläubigern — unter den Subjecten einer Correal-Obligation — sonstige Fälle — die Schiffsgemeinschaft nach der *lex Rhodia.*

Seite

. 140

useinandersetzung —
s einen oder des andern
sen — Streitverhältniss
er — Voraussetzungen
iderklage. Cumulirung
— angebliche Noth-
ein Grund dafür in der
— zweiseitige Wirkung
ollziehenden Kraft —
ung und der Theilung

. 150

EINLEITUNG.

§ 1.

In den Quellen des Römischen Rechts werden bekanntlich sowohl die drei *iudicia divisoria*[1]) als auch die beiden *interdicta retinendae possessionis*[2]) „duplicia" genannt. Ein einziges Mal werden auch beide Gattungen von Klagen zwar nicht unter dieser Bezeichnung, aber doch mit ausdrücklichem Hinweis auf die derselben zu Grunde liegende Eigenthümlichkeit als *mixtae actiones* zusammengefasst[3]). Endlich wird die Bedeutung dieser heute sogenannten Duplizität in verschiedenen Stellen ziemlich übereinstimmend dahin angegeben:

---

[1]) So von Gaius in l. 2, § 1 D. comm. div. X. 3., womit gleichlautend ist l. 13 D. de iudic. V. 1. Doch wird in der zweiten Stelle statt: „*in tribus duplicibus iudiciis*" vielmehr „in tribus istis iudiciis" gelesen. Dieses letztere nun scheint die ursprüngliche Lesart zu sein: denn es lässt sich wohl denken, dass die Compilatoren bei einer aus dem Zusammenhang gerissenen Stelle „*istis*" durch „*duplicibus*" ersetzt haben, nicht aber das Umgekehrte. Unter dieser Voraussetzung würde der Ausdruck *iudicia duplicia* für die Theilungsklagen bei einem klassischen Juristen überhaupt nicht nachzuweisen sein.

[2]) So Gai. IV. 160 = § 7. J. de interd. IV. 15. L. 2 pr. D. de interd. XXXXIII. 1. (Paul.) nennt nur das *interdictum uti poss.* als *duplex*. Doch mögen hier ebenso wie in § 3 ibid. die Worte „et utrubi" von den Compilatoren gestrichen sein. Gute Vorschläge zur Verbesserung des übrigen Textes im princ. s. bei Ad. Schmidt Interdicten-Verfahren S. 186. Anders Mommsen in seiner Ausgabe.

[3]) So in l. 37, § 1 D. de O. et A. XXXXIV. 7. (Ulp.) Ueber andere Bedeutungen, in denen die Theilungsklagen mixtae (§ 20 J. de act. IV. 6) und gewisse Interdikte duplicia (l. 2 § 3 D. de interd. XXXXIII. 1.) genannt werden, s. unten.

a) bezüglich der Theilungsklagen:
dass *singulae personae duplex ius habent agentis et eius quocum agitur* (Jul. in l. 10 D. fin. reg. X. 1. vgl. Ulp. in l. 2 §. 3 D. fam. herc. X. 2 und Paul. l. 44, § 4 D. eod.) oder: *quaeritur quis actor intelligatur, quia par causa omnium videtur; sed magis placuit eum videri actorem, qui ad iudicium provocasset* (Jul. in l. 13 D. de iudic. V. 1.); *sed quum ambo ad iudicium provocant, sorte res discerni solet.* (Ulp. l. 14 D. eod.)

b) bezüglich der Interdikte:
dass *par utriusque litigatoris condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unus quisque tam rei quam actoris partes sustinet* (Gai. IV. 160; ähnlich Ulp. in l. 3 § 1 D. uti poss. XXXXIII. 17.).

Auf Grund dieser Aussprüche hat man nun von je her einen besonderen Gattungsbegriff von „doppelseitigen" oder „Doppel-Klagen" unterschieden und als Glieder desselben eben jene fünf Klagen bezeichnet[4]). Namentlich findet sich diese Lehre auch in denjenigen Werken, welche ausschliesslich das jetzt noch praktische Pandektenrecht umfassen[5]), oder welche der Darstellung des heutigen gemeinen Civilprocesses gewidmet sind[6]); und neuerdings ist dieselbe in Sachsen sogar gesetzlich bestätigt worden[7]). Dabei pflegt zur Erläuterung des Begriffes im Allgemeinen übereinstimmend bemerkt zu werden, „dass bei solchen Klagen jede Partei die Eigenschaften des Klägers und des Verklagten in sich wirklich vereinige" und „mit der andern gleiche Rechte habe"[8]), oder „dass hier die Klage so behandelt werde, wie wenn auch der Beklagte sie angestellt hätte"[9]) und dergl. mehr. Im Einzelnen jedoch wird von der einen Seite beschränkend hinzugefügt, dass „in manchen Beziehungen es auch bei jenen Klagen unentbehrlich sei, den Klä-

[4]) Vgl. Savigny System Bd. V. S. 151. Puchta Pand. u. Vorl. § 85 Arndts Lehrb. d. Pand. § 99. u. 172. Böcking Pand. § 131 p. Unger östr. Privatr. II. § 131. Anm. 26. 28.

[5]) Sintenis prakt. gem. Civilr. I. § 29. S. 288. Holzschuher Theorie und Casuistik I. § 15 Nr. 5. Seuffert prakt. Pandektenr. § 357. Anm. 5. § 412. Anm. 19.

[6]) Wetzell System des ordentl. Civilprozesses § 5. Anm. 6. Bayer Vorträge § 22. S. 72. Renaud Lehrbuch d. Civ.-Proz. § 46. S. 101.

[7]) Sächs. Civil-Ges.-B. §§ 207. 340.

[8]) Savigny a. a. O. und Besitz § 37. S. 403.

[9]) Puchta a. a. O.

ger vom Beklagten zu unterscheiden, und nun als Kläger derjenige gelte, welcher sich zuerst an den Richter gewendet habe, eventuell welchen das Loos dafür bestimme"[10]), oder dass „die Vermischung der Parteirollen keine durchgreifende sei"[11]); von der andern Seite dagegen aus der Duplizität eine Reihe weittragender praktischer Folgerungen abgeleitet, wie z. B. dass Derjenige, welcher mit einer *actio duplex* wirksam belangt werden könne, eben dieselbe auch anstellen dürfe[12]), oder dass bei einer solchen der Kläger stets in der Lage sei, ein Retentionsrecht auszuüben[13]) oder endlich, dass hier der Kläger nicht bloss auf Antrag des Beklagten, sondern auch ohnediess durch den Richter verurtheilt werden könne;[14]) während freilich andere wieder gerade diess nicht als Wirkung der Duplizität, sondern als etwas Singuläres betrachtet wissen wollen[15]). Vergebens fragt man, wie jene „Vermischung der Parteirollen" oder jene „Gleichheit der Rechte" für beide Theile mit dem materiellen Begriff der *actio* und mit der Verhandlungsmaxime des Prozesses sich vereinige. Eine befriedigende Antwort darauf wird nirgend ertheilt, und eben so wenig werden Grund und Tragweite jener Erscheinung genau bestimmt. Von den Glossatoren an bis auf unsere Tage, und selbst bei Männern wie Cuiacius und Donellus findet man fast durchweg nur eine Wiederholung der wenigen in den Quellen enthaltenen Bestimmungen, wonach jeder Theil Kläger und Beklagter sein, dann aber doch wieder die Rolle des einen und des andern nach der früheren Stellung des Antrags oder nach Massgabe des Looses unterschieden werden soll. Bloss in einer Beziehung hat man es nicht unterlassen können, auf den Begriff etwas näher einzugehen: nämlich um ihn gegen eine verwandte Erscheinung, die prozessualische Verbindung von Klage und Widerklage abzugrenzen.

Auch hier ist jeder Theil wirklich Kläger und zugleich Be-

---

[10]) Savigny System V. S. 752. Besitz S. 405.

[11]) Wetzell a. a. O. S. 31.

[12]) Sintenis gem. Civilr. I. § 76. Anm. 12. u. Handb. des gem. Pfandr. S. 115. Anm. 1. Seuffert Archiv X. 236. C. F. Koch Recht der Forderungen III. S. 670.

[13]) Witte Bereicherungsklagen S. 12. 13.

[14]) Savigny System VI. S. 329. Besitz S. 404. Wetzell a. a. O. § 43. Anm. 39.

[15]) Sintenis gem. Civilr. I. § 46. Anm. 19. S. 477.

klägter; allein die Verschiedenheit — sagt man — beruht darin, dass bei der *actio duplex* nur eine Klage und ein Streitverhältniss für beide Theile, im Falle der Rekonvention dagegen eine Vereinigung zweier selbstständigen Klagen vorliegt, deren jede einen andern Grund und einen andern Gegenstand haben kann: ein Unterschied, welcher sich in der prozessualischen Verhandlung wirksam zeigen soll[16]).

Um diese Unterscheidung richtig zu würdigen, ist es zweckmässig, sich schon hier darüber klar zu werden, was jene sogenannte „Einheit des Streitverhältnisses" bedeutet. Dass dieser Ausdruck nicht auf die formelle Einrichtung des Verfahrens, sondern auf die materielle Beschaffenheit der zum Streit gebrachten Klage zu beziehen sei, ist nach verschiedenen Erklärungen unzweifelhaft.[17]) Des Näheren wird derselbe nun dadurch erläutert, dass man als Gegensatz eine Mehrheit von Klagen hinstellt, deren „jede einen andern Grund und einen andern Gegenstand haben könne." Allein diese Möglichkeit kann doch nimmermehr eine durchgreifende Verschiedenheit begründen. Und in der That ist es unzweifelhaft, dass sehr häufig Ansprüche als Vor- und Widerklage verhandelt werden, deren Grund und Gegenstand um nichts mehr verschieden sind, als bei den Ansprüchen der Parteien in *iudiciis duplicibus*; wie z. B. die Klagen zweier Erbprätendenten wider einander.[18]) Richtig aufgefasst kann vielmehr Einheit des Streitverhältnisses nichts Andres bedeuten, als Einheit der Rechtsfrage (*eadem quaestio*). Das heisst: es müssen die Klagerechte zweier Parteien in dem Verhältnisse zu einander stehn, dass eine Verhandlung und Entscheidung über das eine unmöglich ist, ohne dass damit zugleich über das andre verhandelt und entschieden würde. Beispiele hierfür bieten die Fälle, wo sich zwei Parteien über die Giltigkeit oder Ungiltigkeit eines Rechtsgeschäfts streiten, oder wo es sich fragt,

---

[16]) So namentlich Bayer Vorträge § 203 unter Berufung auf Sartorius Recht der Widerklage S. 32; und im Anschluss an Bayer Muther zur Lehre von der Röm. actio. S. 60. Ferner Arndts § 99 Anm. Unger II. § 131. Anm. 26. Wetzell § 5. Anm. 6 § 63. S. 785. Eben dasselbe, nur unbestimmter spricht Savigny aus, wenn er (System VI. S. 329) lehrt, dass die doppelte Partei-Eigenschaft bei der Widerklage durch die Willkür des Beklagten, bei der *duplex actio* dagegen durch die allgemeine Natur der Klage begründet werde.

[17]) Unger II. S. 612. Wetzell S. 30. S. 506. S. 785.

[18]) L. 1 §§ 2. 4. D. si pars hered. V. 4. L. 8 § 13. D. de in off. V. 2.

ob eine Person in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnisse stehe oder nicht, oder wo von der einen Seite Beschränktheit, von der andern Freiheit des Eigenthums behauptet wird.[19]) In allen diesen Fällen ist der Aburtheilung des einen Anspruchs die des entgegengesetzten immanent. Dagegen ist hierfür Gleichheit des Grundes und des Gegenstandes zweier Ansprüche weder erforderlich noch auch genügend. Denn einestheils können aus demselben Grunde mehrere Ansprüche entspringen, welche völlig unabhängig von einander bestehn; anderntheils ist selbst dann, wenn mehrere Personen das gleiche Recht an demselben Gegenstande beanspruchen, zwar die bejahende Entscheidung über den Anspruch des einen zugleich für den andern massgebend, nicht aber ebenso die verneinende.[20]) Mithin kann in solchem Falle von einer Einheit des Streitverhältnisses nicht die Rede sein.

Inzwischen ist nun aber neuerdings überhaupt bestritten worden, dass der Begriff der *actiones duplices* heut zu Tage noch eine Bedeutung habe. Windscheid nämlich will eine Eigenthümlichkeit der unter diesem Namen zusammengefassten Klagen nur noch in einem Punkte anerkennen, d. i. in der Befugniss des Theilungsrichters, zum Zweck der Theilung den Kläger auch ohne Gegenantrag des Beklagten zu verurtheilen; welche Befugniss aus dem Grundsatz entspringe, dass der Richter in der Art und Weise der Theilung vollkommen freie Hand habe. Im übrigen dagegen — führt er aus — sei die römische Duplizität nur eine Besonderheit gewisser Klagformeln gewesen, deren Fassung es dem Richter gestattet habe, auch einem Antrage des Beklagten auf Verurtheilung des Klägers Folge zu geben. Diese Besonderheit sei indessen heute

---

[19]) Vgl. Rudorff zu Sav. Besitz Zus. 136. Aehnliche Fälle stellt Quintilian inst. orat. V. 8. 7. zusammen, nur unter einem andern Gesichtspunkt, nämlich insofern mit dem Beweis für einen Umstand zugleich ein andrer dargethan ist: *dies est, nox non est*; u. s. w.

[20]) L. 15 D. de exc. rei iud. XXXXIV. 2. *Si (pronuntiatum est, hereditatem) meam non esse, nihil de tuo iure iudicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse, nec tua.* Vgl. l. 30 § 1. eod. verb. *cum actor petitionem implet.* Windscheid, die Aktio S. 84. 85. wo der Satz: „Indem der Richter über den Eigenthumsanspruch des Klägers spricht, spricht er nothwendiger Weise auch über den Eigenthumsanspruch des Beklagten“ nach dem Zusammenhang wohl auf ein das Eigenthum des Klägers anerkennendes Urtheil zu beschränken ist.

in der allgemeinen Form der Widerklage aufgegangen.[21]) An Widerspruch gegen diese neue Lehre und an Vertheidigung der alten hat man es nicht fehlen lassen.[22]) Gleichwohl haben die Erörterungen darüber bisher noch zu keinem festen Ergebniss geführt.

Ausserdem aber haben auch schon vor Windscheid verschiedene Schriftsteller gelegentlich angedeutet, dass ihrer Meinung nach die gewöhnlich als „doppelseitig" zusammengefassten Klagen in Wahrheit ungleichartiger Natur und wenigstens einzelne derselben nichts Andres seien, als eine prozessualische Verbindung zweier selbstständigen Klagen.[23])

Von der andern Seite hat man in neuester Zeit jenen fünf *iudicia* auch noch manche andere, wie namentlich die altrömische *legis actio sacramento,* angereiht[24]).

In Folge dessen erscheint es wohl gerechtfertigt, den Begriff der *actio duplex* und die Natur der so bezeichneten Klagen, einmal einer besonderen Besprechung zu unterziehen.

---

[21]) Windscheid, die Aktio S. 27. Anm. 3. Abwehr S. 40. Lehrbuch des Pandektenrechts § 127. Anm. 2.

[22]) Muther, Unger, Arndts a. a. O.

[23]) Bruns Recht des Besitzes S. 54. 55. Ad. Schmidt Interdiktenverfahren S. 183. Anm. 6.

[24]) Vgl. namentlich Ihering Geist des Röm. Rechts III. S. 91. 96. Für Präjudizialklagen in Standesfragen: Bethmann-Hollweg Civilprozess II. § 97. S. 334. 336. Für Vor- und Widerklagen aus demselben Geschäft nach Preussischem Recht: Dernburg Compensation S. 545.

I.

Doppelklagen in der Zeit der Legis-Aktionen.

§ 2.

Die rei vindicatio.

Schon die älteste uns überlieferte Römische Prozessform, die *legis actio sacramento* in rem wird zwar nicht von dem einzigen klassischen Darsteller derselben, Gaius, wohl aber von den Neueren in ziemlicher Uebereinstimmung als *iudicium duplex* bezeichnet[25]).

Nur ist man dabei weder über die Art noch über die Wirkungen dieser Duplizität recht einig.

Ueber den Verlauf des Sakraments-Verfahrens steht bekanntlich so viel fest, dass nicht blos die eine der beiden Parteien die Sache als ihr Eigenthum in Anspruch nahm, (*vindicatio*), sondern auch die andere diesem Anspruch die gleiche positive Behauptung von ihrer Seite gegenüberstellte, (*contravindicatio*), dass ferner der Entäusserungsbefehl des Prätors[26]) an beide Theile erging, dass jeder den andern, falls dieser mit Unrecht vindizirt habe, zur Gelobung des Sakraments nöthigte, und dass demnächst der Prätor einem von beiden den Besitz der Sache für die Dauer des Prozesses zuertheilte.

Durch diese Vertheilung nun — (so nehmen die Meisten weiter an) — welche im Streitfalle regelmässig an den zur Zeit der Klaganstellung im Besitz gewesenen Theil erfolgte,[27]) gleichviel ob

---

[25]) Keller Civilprozess § 14. 15. und Grundriss der Institutionen § 88. Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. § 36. Ihering Geist III. S. 90. Bethmann-Hollweg Civilprozess II. § 111. Anm. 48. Dawider Huschke Gaius S. 188. Auch Wetzell, der Röm. Vindikationsprozess S. 5. 45. und Puchta brauchen jene Bezeichnung noch nicht.

[26]) So sei der Kürze wegen auch für die ältere Zeit der die Jurisdiktion handhabende Beamte genannt.

[27]) Wetzell S. 7. 8. Rudorff § 36. Anm. 9. Bethmann-Hollweg I. § 42. S. 143. Huschke, Gaius S. 188. Unentschieden Keller.

derselbe als Vindikant oder als Contravindikant aufgetreten war, hatte der Prätor für das *iudicium* das Parteienverhältniss festgestellt[28]). Dem Nichtbesitzer lag es in Folge dessen ob, *in iudicio* den Beweis seines Eigenthums zu erbringen. Und je nachdem ihm dieser Beweis gelang oder nicht, wurde über die Rechtmässigkeit oder Unrechtmässigkeit seines und des vom Gegner geleisteten Sakraments und dadurch mittelbar über das Eigenthum erkannt[29]).

Will man dieses Verhältniss juristisch charakterisiren, so ist zunächst für das Verfahren bis zur Vindizienertheilung soviel klar, dass hier zwei selbständige Klagen einander gegenüber treten, deren jede ihren eigenen Grund,[30]) aber denselben Gegenstand wie die andre hat. Aus dieser Einerleiheit des Gegenstandes folgt, dass der eine Anspruch den andern ausschliesst: wie ja denn auch die Bestreitung des einen lediglich in der positiven Aufstellung des andern ihren Ausdruck findet. Allein eine materielle Einheit des Rechtsstreits ist damit noch keineswegs gegeben. Denn erstens ist ja jeder der beiden Ansprüche an sich auch einzeln erhoben zu denken, ohne dass ihm der andere entgegengesetzt werden müsste; und zweitens enthält, wenn beide erhoben sind, eben nur die bejahende, nicht auch die verneinende Entscheidung über den einen zugleich ein Urtheil über den andern. In Wahrheit ist vielmehr das Verhältniss kein anderes, als dasjenige, welches auch im spätern Römischen und im heutigen Prozesse, bei einer einfachen Verbindung von Klage und Widerklage eintritt, so bald nur die beiden Klagen auf denselben Gegenstand gerichtet und gleichartig sind. Die Gestaltung

[28]) Wetzell S. 7. 60. Rudorff, Huschke a. a. O. Bethm. Hollw. S. 144. Keller S. 55. Muther Sequestration S. 125. Nach Andern waren die Parteirollen schon durch das Aussprechen der Vindikation und Contravindikation bestimmt. Puchta Cursus der Institutionen § 161. S. 79. Kuntze Institutionen §§ 139. 142. und Exkurse dazu. Aber dann ist nicht abzusehn, warum der Beklagte contravindiziren muss, statt bloss zu bestreiten.

[29]) Gai. IV. § 94. Wetzell S. 59. Bethm. Hollw. I. § 37. S. 123. Keller S. 50. Ihering Geist I. S. 173. III. S. 34. S. 183. Nach Andern wurde bekanntlich auch unmittelbar über das Eigenthum erkannt. Darüber s. Rudorff II. § 21. Anm. 13. der selbst eine dritte Form des Erkenntnisses: „secundum te litem do", annimmt.

[30]) Denn wenn beide Eigenthum behaupten, so ist eben der Grund ihrer Klagen nur gleichartig, nicht identisch. Das Eigenthum einer Sache an sich ist niemals Klagegrund, ja überhaupt ohne wirklichen Bestand; das Eigenthum des A aber ein andres Rechtsindividuum, als das Eigenthum des B. l. 15 § 2 D. de contr. emt. XVIII. 1. l. 35 D. de acq. rer. dom. XXXXI. 1.

ist dann stets die nämliche: jeder der streitenden Theile muss dieselbe Parteirolle, welche er für die eine Klage seinem Gegner aufnöthigt, für die andere selbst übernehmen, daher ist die Stellung der Parteien eine doppelte und gleiche, und es macht rechtlich keinen Unterschied, ob der eine oder der andre zuerst als Kläger auftritt. Die einzige Eigenthümlichkeit, durch welche sich der Sakramentsprozess von den spätern Fällen einer derartigen Klagenverbindung unterscheidet, liegt darin, dass dort die Erhebung eines Gegenanspruchs allem Anscheine nach nicht im Belieben des in Anspruch Genommenen stand, sondern als die allein zulässige Form seiner Vertheidigung geboten war. Es ist das eine Erscheinung, welche sich auch im älteren deutschen Prozesse findet,[31]) dass Derjenige, welcher einräumte, selbst nicht Eigenthümer zu sein, eben darum für die Eigenthumsfrage als eine dritte, nicht unmittelbar betheiligte Person, als ein dem Kläger nicht ebenbürtiger Gegner erschien, und dass man also, um zu widersprechen, klagen musste[32]). Indessen wie diese Einrichtung ihren Ursprung nicht in der Natur des den Klagen zu Grunde liegenden Rechts, sondern in einer positiven Prozessvorschrift hatte, so liess sie auch in ihrer Wirkung das materielle Recht jeder Partei ebenso unberührt, wie eine freiwillig erhobene Widerklage. Will man also schliesslich das Verhältniss der Parteien beim Sakramentsprozess *in iure* mit einem Kunstausdruck bezeichnen, so ergiebt sich, dass dafür nicht sowohl *actio duplex* als vielmehr *reconventio necessaria* geeignet sein würde[33]).

Eben diese Vereinigung der zwei selbständigen Fragen nach dem Eigenthum des A und nach dem Eigenthum des B scheint nun aber die Möglichkeit mit sich zu bringen, dass in Ermangelung

---

[31]) S. Laband, die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen S. 156. (betreffend die Klage um Immobilien.) Anders bei der Klage mit Anefang. Ders. S. 119. gegen Sohm, Proc. d. L. Salica S. 98. Auch im altenglischen Eigenthumsprozess lautete die an die Geschworenen zu richtende Frage: *utrum A vel B majus jus habeat in terra illa.* Gneist Selfgovernment S. 80 (bei Ihering Jahrb. für Dogm. IX. S. 59.)

[32]) Eine Spur dieser Anschauung ist bekanntlich in l. 9 D. d. R. V. VI. 1. erhalten. Vgl. Cic. p. Mur. XII. 26. der als Abkürzung vorschlägt: fundus Sabinus meus est. Immo meus.

[33]) Am wenigsten passt *actio duplex*, wenn man damit die Vorstellung verbindet, dass der Kläger auch ohne Antrag des Gegners verurtheilt werden könne. „Gewissermassen eine Widerklage" sagt auch Bethm. Hollw. I. § 40. Anm. 10.

eines Beweises auf jeder Seite auch beide verneint, und also beide Theile mit ihren Ansprüchen auf die Sache abgewiesen werden müssen. Um diese Möglichkeit und die dann nahe liegende Folgerung einer Einziehung des Streitgegenstandes von Staatswegen auszuschliessen,[34]) nimmt die herrschende Meinung an, dass der Prätor durch den Akt der Vindizienertheilung die doppelte und gleiche Stellung der Parteien in eine einfache und ungleiche umgeschaffen habe. Von da ab wird nur der Nichtbesitzer noch als Kläger, nur der Besitzer noch als Beklagter behandelt; jener allein hat die Beweislast, und wenn er sein Eigenthum nicht darthut, so wird sein Sakrament für verfallen erklärt, und der andere gegen ihn auch ohne Beweis seines Rechts im Besitze geschützt[35]). Es ist klar, dass darnach von einem „*iudicium duplex*" nicht mehr die Rede sein kann; die ganze Doppelstellung der Parteien war nur eine vorläufige, ja in dem Falle, wo der Ausfall der Vindizienertheilung von vorn herein feststand, sei es durch Uebereinkunft der Parteien, oder Zweifellosigkeit des Besitzstandes, hatte sie überhaupt keine Bedeutung.

Allein gegen diese ganze Auffassung erheben sich die schwersten Bedenken.

Nach Allem, was wir wissen, musste immer über beide Sakramente erkannt werden, (wie sich ja der Prätor auch von beiden *praedes sacramenti* stellen liess[36]); und in der Entscheidung über die Sakramente steckte nach dem klaren Wortlaut der Wette ein Erkenntniss über die Eigenthumsansprüche. Wie war es nun möglich — muss man fragen — nach dem Ausfall einer einseitigen Beweisführung über beide Ansprüche zu entscheiden? Durch das Gelingen des klägerischen Beweises war freilich die Eigenthums-Behauptung des Beklagten von selbst widerlegt; aber keineswegs war sie auch umgekehrt durch sein Misslingen erwiesen. Daher wäre es reine Willkür gewesen, in dem letzteren Falle ohne weiteres den Beklagten als Eigenthümer anzuerkennen: und zwar um so mehr, als die Wirkung eines solchen Urtheils sich nicht bloss auf die gegenwärtigen Besitzverhältnisse, sondern auch auf den Fall einer Besitzveränderung erstreckte. Denn wenn, wie die Vertreter der herrschenden Meinung selbst annehmen, das Aussprechen der

---

[34]) Vgl. Krüger Consumtion und Rechtskraft S. 152.

[35]) So Wetzell, Rudorff, Huschke, Bethmann-Hollweg, Keller an den in Anm. 38 genannten Stellen.

[36]) Gai. IV. 16.

Vindikationsworte *in iure* eine Consumtion der Klage bewirkte und also den unterlegenen Beklagten hinderte, nach Herausgabe der Sache an den Kläger von neuem zu vindiziren[37]), so muss auch umgekehrt der siegreiche Beklagte das Recht gehabt haben, den an den Kläger verlorenen Besitz ohne neue Klage wieder abzufordern. Man hat versucht, diesen Einwendungen dadurch zu entgehen, dass man entweder annahm, bei keinerseits geführtem Beweise sei nur über das Sakrament des Klägers, nicht auch über das des Beklagten entschieden worden, dieser letztere habe also nur das Recht, nicht die Pflicht gehabt, sein Eigenthum darzuthun[38]); oder die Entscheidung über das Sakrament des letzteren habe noch keine Entscheidung über sein Eigenthum enthalten[39]). Allein Beides ist offenbar gleich unglaublich. Es kommt aber auch noch ein anderes Bedenken gegen die herrschende Meinung hinzu. Nach derselben hätte der Prätor, wie wir eben sahen, mittelst der Vindizien-Ertheilung einen über die spätere Regelung des Besitzstandes weit hinausreichenden Einfluss geübt[40]). Dem gegenüber ist geltend zu machen, dass wir durch die uns überlieferten Nachrichten in keiner Weise berechtigt werden, in der Vindizien-Ertheilung überhaupt eine Feststellung der Parteirollen nach Massgabe des Besitzes zu erblicken. Im Gegentheil liegt nach den Ausdrücken, welche Gaius braucht, die Annahme näher, dass der Prätor sich durch andere Rücksichten, als die auf den Besitz, leiten liess, und dass auch nach der Vindizien-Vertheilung das Parteiverhältniss durchaus dasselbe war, wie vor derselben[41]). Nur der einseitige Hinblick auf den klassischen Prozess und die in demselben vorkommende Regelung des Possessoriums hat es dahin gebracht, dass man die gleiche Bedeutung der Vindizien-Ertheilung, statt sie erst nachzuweisen, vielmehr von jeher als etwas Selbstverständliches voraussetzte.

Durch diese Erwägungen, wie es scheint, geleitet, hat zuerst Ihering der herrschenden Lehre eine durchaus abweichende gegen-

---

[37]) Keller Civilprozess § 72. S. 298. Krüger Consumtion S. 152.

[38]) Wetzell S. 60, doch vgl. das. S. 45. Aehnlich Huschke Gaius S. 188.

[39]) So wohl Ihering Geist III. S. 91. Anm. 115.

[40]) Ihering a. a. O.

[41]) Gai. IV. 16. *interim aliquem possessorem constituebat eumque iubebat praedes adversario* (nicht *actori*) *dare litis et vindiciarum.* Vgl. Beth.-Hollw. selbst I. S. 142.

übergestellt[42]). Auch er geht davon aus, dass das Verfahren *in iure* zwei denselben Gegenstand betreffende Prozesse (Klagen) unter denselben Parteien zu einem Prozesse vereinige[43]), behauptet aber dann weiter, dass die Vindizien für die ganze Parteistellung und den Beweis ohne allen Einfluss gewesen seien[44]). Nach Ihering musste jeder Theil schon von vornherein den Erwerbsgrund seines Eigenthums, die *causa* in diesem Sinne, anführen[45]), sodann wurde die Vindikation vom Kläger, die Contravindikation vom Beklagten vorgenommen und damit das Parteiverhältniss und die Beweislast fixirt[46]), und hiernächst ertheilte der Prätor ohne Rücksicht auf den Besitz nach Massgabe jener Anführungen die Vindizien an den Kläger oder an den Beklagten[47]). Ebenso aber waren dann auch *in iudicio* beide Theile in gleichem Maasse beweispflichtig, das relative Uebergewicht der Beweise gab den Ausschlag, und der Richter konnte auf drei verschiedene Weisen erkennen, nämlich entweder *rem actoris videri*, wenn das Eigenthum des Klägers, oder *rem rei videri*, wenn das des Beklagten feststand, oder endlich *rem actoris non videri*, wenn keiner von Beiden sich als Eigenthümer erwiesen hatte[48]). Uebrigens wurde in diesem letzten Falle das Sakrament des Beklagten nicht für verwirkt erklärt, vielmehr der Besitz desselben, wenn die Vindizien ihm ertheilt waren, aufrecht erhalten, und wenn der Kläger sie bekommen hatte, wieder hergestellt[49]). Schliesslich wird das Gesammtergebniss darein gesetzt, dass dieselbe Duplizität, die in modernerer Form im *interdictum uti possidetis* wiederkehre, bereits im ältesten Vindikationsprozess sich auf's Vollständigste durchgeführt finde.[50]) Wenn man diese neue von Ihering mit gewohnter Kunst entwickelte Lehre genauer betrachtet, so stellt sich ihr Grundgedanke — die dauernde Erstreckung des Prozesses auf beide Eigenthumsklagen — als durch-

[42]) Geist III. S. 89 ff. Jahrbücher für Dogmatik IX, S. 58 ff.

[43]) Geist III. S. 90. Mit Recht betont Ihering namentlich, dass hier das Gesetz, welches er selbst so scharfsinnig entwickelt hat, das Gesetz der einen Frage im alten Prozesse überschritten sei.

[44]) Geist III. S. 91. Anm. 115.

[45]) Geist III. S. 98. II. S. 612. Anm. 795.

[46]) Geist III. S. 91. Anm. 115.

[47]) Geist III. S. 98. 99.

[48]) Jahrb. für Dogm. IX. S. 59. Geist III. S. 91. 99.

[49]) Geist III. S. 91. Anm. 115.

[50]) Geist III. S. 91.

aus richtig, die Ausführung der einzelnen Punkte aber als wenig folgerecht dar. Der Beweis dafür soll in Nachstehendem versucht werden.

1. Nach der herrschenden Meinung stehn sich bis zur Vindizien-Ertheilung beide Theile gleichberechtigt gegenüber, durch diese aber wird der Nichtbesitzer als Kläger zur einseitigen Durchführung seines Anspruchs genöthigt. Dagegen kämpft nun Ihering an und bestreitet die Wirkung der Vindizien, ein einfaches Parteiverhältniss herzustellen. Allein er selber lässt ein solches schon vorher durch Vindikation und Contravindikation fixirt werden, so dass mit jener die Kläger-, mit dieser die Beklagten-Rolle unauflöslich verbunden ist. Es erhellt daher, dass er die Doppelstellung der Parteien in Wahrheit nicht einmal so lange bestehen lässt, als es die herrschende Lehre thut.

2. Ihering erklärt beide Theile *in iudicio* für gleichmässig beweispflichtig. Gleichwohl aber äussert nach ihm die Beweisfälligkeit für den einen Theil nicht die gleichen Folgen, wie für den andern. Vielmehr ist nur auf Seiten des Klägers der Nachweis seines Eigenthums zur Rechtfertigung des Sakraments unerlässlich, der Beklagte dagegen kann seine Beweispflicht unerfüllt lassen und gewinnt den Prozess *ceteris paribus* dennoch. Darnach bleibt für den Beklagten eigentlich nur eine relative und untergeordnete Beweispflicht übrig. Eine solche ist aber bekanntlich auch bei einfachen Prozessen mit der Beklagten-Stellung nicht unvereinbar[51]), wie ja Gesetzgebungen alter und neuer Zeiten den Vindikations-Beklagten allgemein zur Angabe seines Titels verpflichtet haben[52]), ohne dass man darin eine Duplizität der Klage findet.

3. Nach Ihering konnte das Urtheil nicht bloss *rem actoris videri* oder *non videri*, sondern auch *rem rei videri* lauten, und ein Spruch dieses letzteren Inhalts ist allerdings ein deutliches Symptom einer Widerklage. Indessen wohnt doch eben unter den

---

[51]) L. 12 D. de probatt. XXII. 3, *nimirum probationes quaedam a reo exiguntur.* Savigny System V. S. 154. 155. Wetzell System des Civ. Proz. § 15. Anm. 4.

[52]) L. 1. C. Th. de fide testium XI. 39. (Constantin). . . . *in primordio iuxta regulam iuris petitor debeat probare, unde res ad ipsum pertineat, sed si deficiat pars eius in probationibus, tunc demum possessori necessitas imponatur probandi, unde possideat vel quo iure teneat.* Vgl. Preuss. Allg. Landr. §§ 185. 186. I. 7.

drei von Ihering vorausgesetzten Urtheilsformen nur dieser einen eine solche ausdrückliche Beziehung auf den Anspruch des Beklagten bei, während von den andern beiden die eine (*rem actoris videri*) sich über denselben nur unwillkürlich, und die zweite (*rem actoris non videri*) schlechterdings gar nicht ausspricht. Es erhellt mithin, dass jene Widerklage, auf welche das erste Urtheil hindeutet, keineswegs alle Wirkungen einer solchen, sondern nur die eine zu Gunsten des Widerklägers äussert, dass eventuell das Eigenthum desselben richterlich anerkannt werden kann: wie denn auch Ihering selbst als den Hauptgrund ihrer Einführung die Rücksicht auf die Vertheidigung des Beklagten muthmasst[53]). Von diesem Standpunkt aber, den auch Anhänger der herrschenden Meinung einnehmen (s. ob. Anm. 38), ist wiederum eine durchgreifende Doppel- und Gleichstellung der Parteien unerkennbar.

Der entscheidende Punkt, an welchem Ihering eigentlich die von ihm selbst behauptete Verbindung zweier gleich berechtigten Klagen unter den Händen verliert, ist die Annahme, dass mit der Vindikation und Contravindikation das Parteiverhältniss fixirt gewesen sei. Gerade diese Annahme aber muss am entschiedensten bestritten werden. Sie widerspricht erstens der Darstellung bei Guius, wo zwischen den beiden Vindikanten durchaus kein andrer Unterschied gemacht wird, als derjenige der Zeitfolge (*qui prior vindicaverat*). Und weiterhin ist sie auch aus innern Gründen höchst unwahrscheinlich. Denn hauptsächlich führt sie zu der Frage, wie es sich denn im Falle eines Streits entschied, wer von Beiden die Rolle des Vindikanten, und wer die des Contravindikanten übernehmen sollte? Die Bestimmung darüber konnte, wenn man sonst Iherings Ansicht theilt, kaum anders als mit Rücksicht auf den Besitz[54]) und jedenfalls nur durch den Prätor erfolgen. Hiermit aber ist offenbar dieselbe Machtbefugniss, welche die Meisten mit der Vindizien-Ertheilung verbinden, dem Prätor nur an einer andern Stelle gewährt, mithin das Bedenken, welches Ihering

---

[53]) Geist III. S. 94. 96.

[54]) Diese Voraussetzung scheint auch der mehrfach angeführten Anm. 115 Geist III. S. 91 zu Grunde zu liegen. Sicher ist soviel, dass die grössere Wahrscheinlichkeit der causa in Iherings Sinne für die Parteirollen nicht massgebend sein konnte. Denn diese entschied ja erst für die Zuerkennung der Vindizien, welche doch mit der Ueberweisung der Contra-Vindikanten-Rolle keineswegs zusammenfallen soll.

aus derselben gegen die herrschende Ansicht entnimmt[55]), auch gegen seine eigene Lehre begründet. Und dazu fügt die letztere den neuen Uebelstand, dass man nach ihr dem Prätor statt einer Untersuchung und Entscheidung deren zwei zur Last legen muss: die eine zum Zwecke der Vindizien-Ertheilung, die andere zeitraubendere schon vorher zur Regelung des Parteiverhältnisses.

Aus allen diesen Gründen wird man bei der hergebrachten Auffassung der Vindikation und Contravindikation stehn bleiben und es für gleichgiltig erklären dürfen, wer von den beiden streitenden Theilen die eine, und wer die andere aussprach.

Ebensowenig aber wie mit den Vindikationsformeln war — und darin nun hat Ihering gewiss das Richtige gesehn — mit der Vindizien-Ertheilung die Herstellung eines einfachen Parteiverhältnisses verbunden. Die Gründe hierfür sind schon oben (bei Anm. 41) als Bedenken gegen die herrschende Meinung entwickelt worden. Darnach ist anzunehmen, dass die Erlangung der Vindizien lediglich den thatsächlichen Vortheil mit sich brachte, die Sache während der Dauer des Prozesses zu besitzen und zu nutzen, wofür im Falle des Unterliegens die Früchte doppelt ersetzt werden musstèn[56]) dagegen ist ein Einfluss der Vindizien auf die Beweislast durch nichts angedeutet. Durch welche Rücksichten der Prätor sich bei der Ertheilung derselben leiten liess, ist freilich schwer zu bestimmen. Wenn beide Theile sich darüber einigten, folgte der Prätor gewiss ihrem Antrage: und dieser Fall mochte um so öfter vorkommen, als der auf die Vindizien Verzichtende immerhin die *fructuum duplio* vermied. Im andern Fall dürfte für die Entscheidung des Prätors theils die grössere Sicherheit, welche der eine von Beiden für die Erhaltung der Sache gewährte, theils und noch mehr — wie Ihering annimmt — die bessere Bescheinigung seines Rechts den Ausschlag gegeben haben, so dass dann in der That die Vindizien als eine vorläufige Entscheidung über das Eigenthum gelten könnten. Jedenfalls weisen die Worte, welche Gaius braucht, darauf hin, dass der Prätor mit grosser Freiheit zu Werke ging: wodurch denn auch sowohl die besondern Vorschriften über *vindiciae secundum populum* und *secundum libertatem*[57]), als auch die

---

[55]) Geist III. S. 91. Anm. 115. a. E. Jahrb. IX. S. 59.

[56]) Festus s. v. Vindiciae.

[57]) Festus a. a. O. l. 2. § 24 D. d. O. J. I. 2.

Strafe des Doppelten wegen Vindizien-Erschleichung ihre Erklärung finden. Dagegen ist die Annahme, dass immer dem Besitzer als solchem auch die Vindizien ertheilt worden wären, höchstens für die spätere Zeit, wo ausserhalb des der *legis actio* verbliebenen Gebiets die possessorischen Interdikte herrschten, wahrscheinlich[58]).

Wenn nun aber weder durch die Vindikationsworte noch durch die Vindizien-Ertheilung ein Theil vorwiegend in die Stellung des Klägers, der andere in die des Beklagten gebracht wurde, so bleibt offenbar nur die Annahme übrig, dass auch in *iudicio* unverändert der eine als Kläger, der andere als Widerkläger galt, und somit jeder von Beiden zur Rechtfertigung seines Sakraments nicht bloss befugt, sondern auch verpflichtet war. Diese Annahme ist in neuster Zeit bereits wiederholt ausgesprochen worden[59]). Es fehlt aber zu ihrer Begründung noch der Nachweis, wie denn bei einer Beweisfälligkeit beider Parteien habe erkannt werden können. Dies Bedenken hat, wie wir oben (Anm. 34) gesehn haben, die herrschende Auffassung der Vindizien als einer Regelung der Parteirollen veranlasst, und eben dasselbe scheint auch für Ihering bestimmend gewesen zu sein, die Möglichkeit eines rein absolutorischen Erkenntnisses: *rem actoris non videri* anzunehmen.[60]) Gleichwohl ist dasselbe durchaus nicht unübersteiglich, wenn man nur auf dem von Ihering selbst eingeschlagenen Wege weiter fortgeht.

Da beide Theile vor dem Richter ihren angeblichen Erwerbsgrund zu erweisen hatten, so musste sich dabei nothwendig ein Uebergewicht des Anrechtes auf einer von beiden Seiten herausstellen, oder es musste doch mindestens erhellen, welche Partei zuletzt im redlichen Besitz der Sache gewesen war. Bekanntlich war nun aber der römische Richter in keiner Weise an strenge Beweisregeln gebunden; ja die Entscheidung hing so sehr von seiner freien Ueberzeugung ab, dass der ältere Cato die Regel aufstellen konnte, in Ermangelung eines Beweises komme es darauf an *uter vir melior esset.*[61]) Unter solchen Umständen liegt die Vermuthung nahe, dass auch im Sakramentsprozess, wenn kein voller Beweis

---

[58]) Vgl. Schlesinger in Pözls krit. Vierteljahrsschr. VII. S. 475. Witte, Interdictum uti possidetis S. 31.

[59]) Schlesinger a. a. O. S. 474—476; und besonders Karlowa Beiträge zur Geschichte des Röm. Civilprozesses S. 53. 54.

[60]) Ihering Geist III. S. 90. a. E.

[61]) Gellius N. A. XIV. 2.

quiritarischen Eigenthums erbracht war, der Richter allemal zu Gunsten desjenigen entschied, welcher das relativ bessere Recht, beziehungsweise den jüngeren Besitz der Sache dargethan hatte: eine Entscheidung, die um so weniger bedenklich war, wenn sie ihrer Fassung nach nicht über das Eigenthum selbst, sondern über den Gewinn des Prozesses lautete. Nimmt man diese Vermuthung an, so ist damit ohne weiteres erklärt, wie im Sakramentsprozess mit dem Erkenntniss über die eine Klage immer zugleich auch das entgegengesetzte über die andre verbunden sein konnte, mithin die Möglichkeit einer Verneinung beider Ansprüche ausgeschlossen war. Es war damit die Combination der zwei Fragen nach dem Eigenthum des A. und demjenigen des B. (oben Anm. 43.) gewissermassen zurückgeführt auf die eine Frage: wer von beiden hat ein besseres Recht? Und diese Annahme wird um so wahrscheinlicher wenn man erwägt, dass auch die Wirkungen, welche eine derartige Gestaltung des Prozesses haben musste, zu den sonstigen Rechtszuständen jener Zeit vollkommen passen.

Zunächst hat schon Ihering darauf aufmerksam gemacht, dass auf jene Weise die *rei vindicatio* thatsächlich oft wie eine *Publiciana* gewirkt haben wird; ebenso wie dies im altdeutschen und altenglischen Prozess der Fall war (oben Anm. 31). Daraus erklärt sich, dass das Bedürfniss, die letztere Klage als ein selbständiges Rechtsmittel aufzustellen, nicht eher hervortrat, als nach Einführung der einseitigen *formula petitoria*. Erst als mit dieser die *contravindicatio* hinweggefallen war, sah man sich veranlasst, „die Relativität im Eigenthumsrecht," das *ius potius* auf andere und zwar correktere Weise anzuerkennen.

Sodann aber liefert jener thatsächliche Vorzug des Besitzers eine neue Erklärung dafür, wie schon in älterer Zeit der blosse Besitz ein Gegenstand des Streits und damit des rechtlichen Schutzes werden konnte. Wenn die possessorischen Interdikte, wie ja ziemlich allgemein angenommen wird, schon zur Zeit des Sakramentsprozesses bestanden[62]), bei diesem aber nicht zur Vorbereitung der Vindizien dienen konnten[63]), weil dieselben nicht nach Massgabe

[62]) S. z. B. Schmidt Interdiktenverfahren S. 302. 303. Witte Interdiktum U. P. S. 6. Dagegen freilich Ihering Jahrb. f. Dogm. IX. S. 60.

[63]) Diese bekanntlich von Witte aufgestellte Vermuthung scheint schon aus andern Gesichtspunkten überzeugend widerlegt von Ad. Schmidt Heidelb. Jahrb. LVI. S. 689 ff. u. von Dernburg in Pözls krit. Vierteljahrsschr. V. S. 517 ff.

des Besitzes ertheilt wurden, so müssen sie nothwendig zunächst ausserhalb der eigentlichen *legis actio* angewendet worden sein. Hierzu bot aber eben die grössere Wahrscheinlichkeit des Eigenthums, welche mit dem Besitze verbunden war, die nächste Veranlassung. Zugleich wird damit begreiflich, dass man von der Verbindung zweier Vindicationen, bei welcher im Zweifel der Besitzer siegte, demnächst überging zu der correkteren Form: einer einfachen Klage des Nichtbesitzers gegen den Besitzenden.

Endlich war auch die definitive Geltung des Urtheils durch die nothwendige Beziehung auf beide Parteien am besten gesichert. Bekanntlich nimmt man, um die Kellersche Auffassung der Klagen-Consumtion gegen den von Bekker erhobenen Einwand der Unzulänglichkeit[64]) aufrecht zu erhalten, jetzt meistentheils an, dass beim Sakramentsprozess immer jede der beiden Parteien ihre Klage consumirt, und somit der unterlegene Besitzer nach Herausgabe der Sache nicht von neuem habe vindiziren können; (s. oben Anm. 37). Bei dieser Annahme aber ist es, wie schon oben bemerkt, eine unabweisbare Consequenz, dass auch umgekehrt dem siegreichen Besitzer die Anerkennung seines Rechts auf den Fall des Verlustes der Sache gesichert sein musste[65]). In welcher Weise diess vermittelt worden sei, darüber sagen die Anhänger der herrschenden Meinung nichts, Ihering aber führt aus, dass wenigstens unter Umständen durch das Erkenntniss *rem rei videri* das Recht des letzteren habe festgestellt werden können. Allein hiergegen erhebt sich ein Mal das formelle Bedenken, dass neben dem gleichmässigen Wortlaut des Erkenntnisses *sacramentum illius iustum videri*, wie ihn Ihering selbst annimmt[66]), schwerlich noch Raum war, zu unterscheiden zwischen den Pronuntiationen *rem rei videri* oder *rem actoris non videri;* sodann aber ist es auch materiell unwahrscheinlich, dass ein angegriffener Besitzer gezwungen gewesen sein sollte, seine Klage zu consumiren, ohne doch durch den Sieg im Prozesse dafür allemal entschädigt zu werden.

Alle Zweifel erledigen sich dagegen, wenn man annimmt, dass

---

[64]) Bekker Prozessualische Consumtion S. 16. 17. 134.

[65]) Diesem Zweck, die nachtheiligen Folgen der Consumtion von dem Sieger abzuwenden, genügte bekanntlich der Formularprozess durch die *replicatio rei secundum actorem iudicatae.* L. 9. § 1 D. de exc. rei iud. XLIV. 2. l. 16. § 5 D. de pign. XX. 1.

[66]) Geist I. S. 173. III. S. 34. S. 183.

der Spruch des Richters immer, während er das Sakrament der einen Partei verwarf, zugleich das der anderen billigte, mithin auch nicht bloss über den Eigenthumsanspruch in Beschränkung auf das gegenwärtige Besitzverhältniss[67]) sondern über die Eigenthumsfrage an sich mit exekutorischer Wirkung für den Sieger entschied. Auf diese Weise erlangt das System des Sakramentsprozesses in seinem Gegensatz zur späteren Formula petitoria einen harmonischen Abschluss. Denn wie beim Formularverfahren der siegreiche Vindikationsbeklagte zur Wiedererlangung der an den Kläger verlorenen Sache von neuem klagen musste, und der unterlegene es durfte, so war nach den eben dargestellten Regeln der legis actio umgekehrt eine zweite Vindikation dem unterlegenen Beklagten versagt, dem siegreichen aber unnöthig. Was endlich die Frage betrifft, in welchen Formen die Berücksichtigung des Vorprozesses erfolgte, so wird ursprünglich wohl der Prätor selbst auf Grund eigener oder durch einen *iudex* bewirkter Untersuchung die nochmalige *legis actio* verweigert, beziehungsweise die Addiktion der Sache ausgesprochen haben. Später mag auch dem Richter noch gestattet worden sein, die frühere Entscheidung seinem Spruch über die Sakramente zu Grunde zu legen[68]).

§ 3.

Die übrigen Vindikationen.

Was bisher von der *rei vindicatio* gesagt worden ist, findet auch bei den andern Vindikationen entsprechende Anwendung. Die Erbschaftsklage war bekanntlich zur Zeit der *legis actiones* noch nicht zu einer selbständigen Klage herausgebildet. Daher galt durchweg dasselbe, wenn man *hereditatem Seianam*, als wenn man *aedes Cornelianas* vindizirte[69]). Ihering sieht auch hier die Möglichkeit eines Er-

---

[67]) So wohl im Formularprozess: Krüger Consumtion S. 117 ff. S. 151 ff. nach Anleutungen Kellers, Civilprozess Anm. 856. A. M. Windscheid die Aktio S. 84.

[68]) Krüger a. a. O. S. 34. 35.

[69]) Gai. IV. 17. vgl. II. 54. u. II. 102 (*usucapio* und *mancipatio hereditatis*). Bethm.-Hollw. Civilpr. I. § 41. S. 137.

kenntnisses *„hereditatem rei videri“* als eine besondere Begünstigung des Beklagten an. Und er begründet seine Annahme mit der Frage: Oder soll etwa in dem Falle, wo zwei Besitzer von Nachlassstücken, der eine gesetzlicher, der andere Testamentserbe zu sein behaupten, „der eine, nachdem er im ersten Prozess als Beklagter die Giltigkeit des Testaments erwiesen hat, als Kläger auftreten, um den gelieferten Nachweis noch einmal zu führen?“ [70]) Auf diese Frage darf erwiedert werden, dass die gedachte Weitläufigkeit im Formularprozess vor Ausbildung der Rechtskraft in der That bestanden zu haben scheint. Im Sakramentsprozess dagegen war sie nach der oben gegebenen Darstellung am sichersten ausgeschlossen: denn darnach wurde immer der siegreiche Theil nicht bloss von der Klage des Gegners entbunden, sondern auch auf seine Klage dem andern gegenüber als Erbe anerkannt.

Nach allgemeiner Annahme wurde auch der Streit zwischen dem Eigenthümer und dem Ansprecher einer Grundgerechtigkeit in den Formen der *legis actio sacramento in rem* verhandelt. Und zwar in der Art, dass vor dem Prätor der erstere negatorisch intendirte: *aio ius tibi non esse (eundi agendi etc.) invito me*, der andre dagegen confessorisch *aio ius mihi esse etc. invito te.* So wenigstens beim Streit um affirmative Servituten. Durch diese Gestaltung des Prozesses wird eine Parteienstellung geschaffen, welche der bei der *rei vindicatio* vollständig entsprechend ist, indem auch hier jeder von beiden Theilen der Intention des Gegners mit einer positiven Behauptung eigenen Rechts gegenübertritt. Hinsichtlich der confessorischen Intention ist dies ohne weiteres klar, die negatorische enthält das positive Element in den Worten *invito me*, welche als Klagegrund das Eigenthum kennzeichnen.[71]) Die Ursache, wesswegen die Geltendmachung desselben hier nicht mit denselben Worten erfolgte, wie bei der *rei vindicatio*, ist gewiss nach Iherings Vorgang darin zu finden, dass gegenüber der einfachen Eigenthums-

---

[70]) Geist S. III. 95.

[71]) Diess wird bekanntlich erwiesen durch l. 5. pr. D. si usfr. pet. VII. 6. und durch das Scholium des Stephanus zu Basil. l. XVI. tit. 6. c. 5. u. 6. (ed. Zach.) Vgl. Ihering, Geist III. S. 83. u. Witte Zschr. für Civilr. u. Proz. N. F. XIII. S. 386. Trotzdem ist es neuerdings bestritten worden von Stölzel die Lehre von der *operis novi nuntiatio* S. 82. 83., der die Worte vielmehr auf eine *exceptio* bezieht. Allein s. dagegen Ad. Schmidt in Pözl's krit. Vierteljahrsschr. VII. S. 297.

intention *(aio hanc rem meam esse)* die Berufung auf eine Servitut nicht eine Abläugnung des klägerischen Rechts, sondern die Einwendung eines selbständigen Gegenrechts [72]) ausgedrückt haben würde, eine derartige Vertheidigung aber zur Zeit der *legis actiones* prozessualisch unstatthaft war [73]). Um also den Servitutansprecher in die Lage zu versetzen, dass er mit der Behauptung seines Rechts zugleich dasjenige des Eigenthümers direkt verneinen konnte, stellte man die Intention dieses letzteren von vornherein auf diejenige besondre Eigenthumsbefugniss, welche sich mit der angeblichen Servitut des Gegners wechselseitig ausschloss [74]). Dadurch erreichte man, dass jede der beiden Intentionen auch hier gleichzeitig eine verneinende Klagebeantwortung und eine Widerklage ausdrückte. Natürlich konnte hierbei die negatorische Intention nur zur Abwehr solcher Anmassungen gebraucht werden, welche an sich den Inhalt einer Servitut zu bilden geeignet waren, was für das klassische Recht bekanntlich bestritten ist. Zugleich aber folgt daraus, dass die Frage, welche den Gegenstand des Streits bildete, auch hier immer eine doppelte war, nämlich 1. ob der Negatorienkläger Eigenthümer und 2. ob

[72]) „Eine Einrede" Puchta Pand. §. 172. Vgl. Bethm.-Hollw. II. § 99. S. 391. der darnach mit Recht bemerkt, die *contravindicatio* habe unter Umständen die Bedeutung einer Einrede gehabt.

[73]) Gai. IV. 108. Ihering Geist III. S. 63 ff. 82 ff. Die in der vorigen Note mitgetheilte Bemerkung von Bethmann-Hollweg bekämpft Krüger Zschr. f. Rechtsgesch. VII. S. 221. indem er sagt: eine Cumulation der aus einem *ius in re* hergeleiteten Defension mit der Bestreitung des Eigenthums des Klägers sei dem Sakramentsprozess fremd gewesen. Allein er selbst giebt gleich darauf zu, dass der Negatorienkläger sein Eigenthum als Klagegrund habe beweisen müssen. Und zu diesem Klagegrunde verhält sich die gegenüberstehende *confessoria* materiell doch gewiss wie eine Einrede! Dagegen glaube ich mit Krüger, dass die Form der *exceptio* auf civile Rechte niemals angewendet worden ist. L. 7. pr. D. usufr. quemadm. VII. 9. u. l. 16 D. si servit. vind. VIII. 8. beziehen sich auf *iura quae tuitione praetoris constant.* Krüger S. 222. A. M. Kuntze Instit. § 520.

[74]) Ob auch damals schon statt der negativen Fassung eine affirmative (*prohibitoria*) möglich war? Schwerlich. Die *formula prohibitoria* sieht eher aus wie eine spätere Verbesserung der immerhin leicht irre führenden Intention: *si paret No No ius non esse eundi agendi invito Ao Ao.* Hesse freilich (Jahrb. für Dogm. VIII. S. 60 ff.) glaubt überhaupt nicht an die Existenz dieses „juristischen Kometen, welcher in elliptischer Bahn die Negatoria umkreisen soll." Allein nach den sorgfältigen Beobachtungen von Ad. Schmidt (Zschr. f. gesch. RW. XV. S. 161 ff.) können Dasein und Beschaffenheit jenes „Kometen" doch wohl nur dem unbewaffneten Auge verborgen bleiben.

der Confessorienkläger servitutberechtigt sei? Der weitere Verlauf des Prozesses war unzweifelhaft derselbe, wie bei der *rei vindicatio*. Es wurde ein zweifaches Sakrament gelobt, im Streitfalle der Besitz zu Gunsten der Freiheit oder der Servitut vorläufig festgesetzt und dann *in iudicio* beiderseits Beweis geführt. Nach welcher Massgabe der Prätor hier die Vindizien ertheilte, steht dahin. Wenn das Eigenthum des Negatorienklägers zugestanden war, (ein Fall der ja im Servitutenstreit sehr häufig eintritt), mag einstweilen diesem der Besitz der Freiheit gewährt worden sein, und es ist möglich, dass gerade hiervon die *intentio* des Servitutansprechers zum Unterschied von der anders lautenden des Gegners „*confessoria*" genannt wurde[75]). Jedenfalls aber hatte auch hier der Besitzer durchaus keinen überwiegenden Anspruch auf die Beklagtenrolle, wie diese ja nicht einmal im Formularprozess mit dem Besitze unbedingt zusammenfiel[76]). Vielmehr hatte im Bestreitungsfalle gleichzeitig der eine für sein Eigenthum, der andre für seine Servitut den Beweis zu führen, und je nachdem das Uebergewicht des Rechts auf dieser oder jener Seite zu liegen schien, wurde mittelst des Spruchs über die beiden Sacramente entweder für das Untersagungsrecht des Eigenthümers und gegen den Servitutanspruch oder umgekehrt erkannt.

Natürlich musste sich die innere Unvollkommenheit dieser Einrichtung, — der Vereinigung zweier Fragen, die keineswegs immer durch eine Antwort zu erledigen sind — hier ebenso bald fühlbar machen, als bei der *rei vindicatio*. Desshalb trat auch hier an Stelle der Combination von Klage und Widerklage eine einfache *actio*, welche im Zweifelsfalle vom Nichtbesitzer gegen den Besitzer zu erheben war. Im übrigen aber blieb die Beschaffenheit der beiden nunmehr gesonderten Klagen gewiss unverändert. Daher ist auch die Folgerung begründet, dass im klassischen Recht die *negatoria* ebenfalls nicht gegen jeden Eingriff in das Eigenthum, sondern nur gegen einen denkbarer Weise durch eine Servitut zu rechtfertigenden gerichtet wurde[77]), und dass die Beweislast nach wie

[75]) Die Behauptung des Theophilus, zu § 2. J. de act. IV. 6. dass jede affirmative Intention *confessoria* sei, ist doch gewiss unrichtig. Vgl. Ad. Schmidt a. a. O. S. 159.

[76]) L. 6. § 1 D. si serv. vind. VIII. 5, welcher Stelle jedoch Mommsen einen andern Inhalt geben will. L. 5. § 6 D. si usfr. pet. VII. 6. Ad. Schmidt a. a. O. S. 169. 170.

[77]) Anderweitige gute Gründe hierfür entwickelt Ad. Schmidt a. a. O. S. 170—175.

vor dem Negatorienkläger nur für sein Eigenthum, nicht auch für die Freiheit desselben oblag[78]). Endlich erklärt sich daraus, dass der Zusatz „*invito*" *etc.*, welcher im Sakramentsprozess bei dem steten Zusammentreffen einer negativen und einer positiven Intention natürlich niemals fehlen durfte, auch zur klassischen Zeit sich noch in manchen affirmativen Formeln findet, die ihn abgesehen von Ausnahmefällen ganz wohl entbehren könnten, z. B. bei der Klage auf ein *altius tollere*[79]).

Das bisher Gesagte hatte nur Bezug auf Prädialservituten. Was den Ususfruktus angeht, so bemerkt Ihering mit Recht, dass der besitzende Niessbrauchsprätendent „das Eigenthum gewiss nicht minder total verletze, als jeder andre Besitzer"; eine Bemerkung die um so einleuchtender ist, als ja in älterer Zeit dem Niessbraucher wahrscheinlich noch nicht Rechts- sondern Sachbesitz zugeschrieben wurde[80]). Darnach muss die herrschende Lehre, welche im Sakramentsprozess nur eine einfache Klage sieht, entweder es als eine Anomalie anerkennen, dass der mit einer Eigenthumsklage belangte Besitzer sich unter Umständen durch blosse Bestreitung des klägerischen Eigenthums und ohne eigenes Recht an der Sache nachzuweisen, im Besitze derselben behaupten konnte (s. oben Anm. 32); oder aber sie muss voraussetzen, dass der besitzende Niessbraucher auf jeden Eigenthumsanspruch eines dritten die Sache einstweilen herauszugeben hatte, um dann seinerseits aus dem Niessbrauch zu klagen. Diese Schwierigkeiten verschwinden dagegen, wenn man annimmt, dass auch hier gleichzeitig jeder Theil aus seinem Rechte klagte, und der Prätor die Vindizien dem nichtbesitzenden Eigenthümer nur etwa dann verlieh, wenn dessen Eigenthum eingestanden

---

[78]) Diess ist neuerdings wieder ausführlich bestritten von Brinz Lehrb. d. Pand. I. § 67, theils auf Grund der römischen Formelfassung, theils weil das Eigenthum überhaupt zwar (von Ausnahmen abgesehn) zum Besitz, aber nicht zur Ablehnung eines Servitutenanspruchs berechtige. Allein die erstere Berechtigung folgt aus dem Eigenthum nicht sichrer, als die zweite.

[79]) Vgl. l. 15 D. de O. N. N. XXXIX. 1. l. 17 D. comm. praed. VIII. 4. l. 11 D. si. serv. vind. VIII. 5. Doch auch l. 4 § 7 eod. Und überhaupt Ad. Schmidt a. a. O. S. 161—163 und in Pözls krit. V. J. Schr. VII. S. 294—297. Ihering Geist III S. 83.

[80]) Keller *Semestria* ad M. T. C. II p. 345 ff. Zustimmend Rudorff zu Puchta Inst. § 230 Anm. d. Vgl. Bruns Recht d. Besitzes S. 87. A. M. Savigny Recht d. Besitzes S. 287. Wollank *de derivata possessione* Berol. 1864 p. 9. Karlowa Beiträge S. 37.

das Niessbrauchsrecht des Gegners aber bestritten war. Uebrigens ist es bekannt, dass gerade für den Streit um einen Ususfruktus zuerst eine *formula confessoria* abgefasst, und deren Vorbild dann bei den Klagen aus andern Servituten nachgeahmt worden ist[81]).

Ebenso wie die Rechte an Sachen, wurden bekannter Massen auch die Gewaltrechte über Personen in Form des Vindikationsprozesses geltend gemacht. Von der väterlichen Gewalt ist uns diess ausdrücklich bezeugt[82]); für das *mancipium* folgt es aus den bei seiner Begründung üblichen Worten[83]), und hinsichtlich der *manus* werden die aus Gaius I. 123 sich etwa ergebenden Bedenken dadurch überwogen, dass ja die *uxor filiae loco* war[84]). Endlich wird man das Gleiche auch in Bezug auf die Rechte am *adiudicatus* und am *auctoratus* voraussetzen dürfen[85]). In sofern nun alle diese Gewaltrechte sich sowohl mit der *potestas dominica*, als unter einander ausschlossen, hat Ihering mit gutem Grund die Vermuthung aufgestellt[86]), dass die beiderseitigen Intentionen nicht bloss auf dasselbe, sondern auch auf verschiedene Gewaltrechte gerichtet werden konnten. Jedenfalls war die Folge auch hier die, dass im Streitfalle der Prätor einer Partei die Vindizien ertheilte, und das Urtheil über die Sakramente, während es den Anspruch des einen verwarf, zugleich dem andern das ihm bestrittene Recht zuerkannte.

Wie aber wenn von dem einen der streitenden Theile gar kein eigenes Gewaltrecht, sondern lediglich die Freiheit einer Person geltend gemacht wurde, wie diess seit ältester Zeit jedem aus dem Volke freistand? So lange die *praeiudicia* noch nicht bestanden,[86a]) wurde auch jene Behauptung in ihrem Gegensatz zu dem Anspruch aus herrschaftlicher Gewalt in die Form einer Vindikation geklei-

---

[81]) l. 2 pr. D. si serv. vind. VIII. 5. Ad. Schmidt Zschr. f. gesch. Rw. 150. Witte Zschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XIII. S. 395.

[82]) Gai. I. 134. l. 1 § 2 D. d. R. V. VI. 1. Vgl. Savigny Syst. V § 207. Anm. m. Bethm. Hollw. Civ. Pr. I § 41. S. 138. Keller Inst. S. 202: *Hunc ego hominem (?) ex iure Quiritium filium meum familias esse aio.* Eine besondere Auslegung der l. 1 § 2 a. a. O. giebt Muther Sequestration S. 391.

[83]) Gai. I. 119. Keller Inst. S. 201: *Hunc ego L. Titium ex i. Q. in mancipio meo (meum?) esse aio.* Ihering Geist III. S. 92 Anm. 118.

[84]) Scheurl Inst. § 157. Bethm.-Hollw. a. a. O.

[85]) Gai. III. 199. *iudicatus vel auctoratus meus.* Beth.-Hollw. a. a. O. Unger Zschr. f. RG. VII S. 200.

[86]) Geist III. S. 92.

[86a]) Vgl. Bülow de praeiudicial. formulis p. 8.

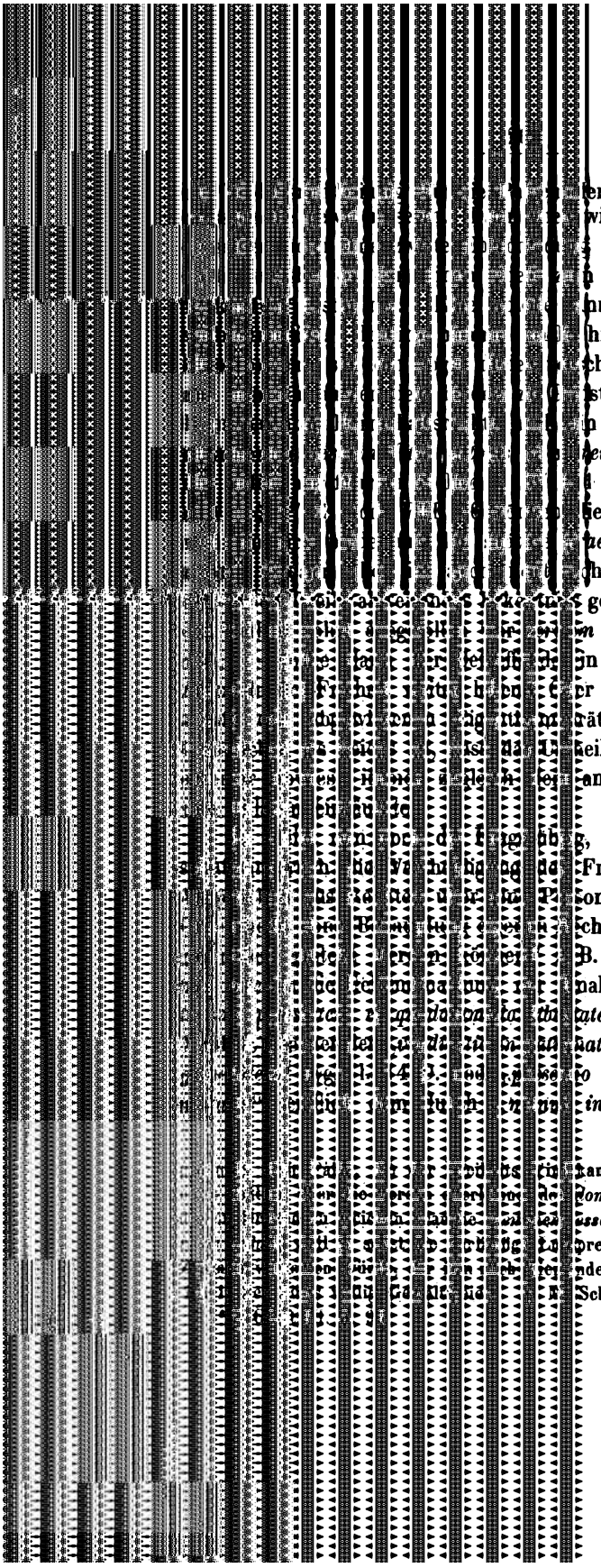
det und zur Verhandlung im Sakramentsprozess zugelassen: natürlich mit besondern die Freiheit geltend machenden Worten, (z. B. *Hunc ego L. Titium liberum esse aio*) obwohl man neuerdings das Gegentheil behauptet hat[87]).

Das Einzige, worin dieser Streit in seinem weiteren Verlauf sich von der *rei vindicatio* unterschied, war der seinem Alter nach noch über die zwölf Tafeln zurückreichende Rechtssatz, dass die *vindiciae* immer zu Gunsten der Freiheit ertheilt werden sollten[88]). Hier nun giebt auch die herrschende Meinung zu, dass

---

[87]) Puntschart, der Prozess der Verginia Wien 1860. S. 47. *Assertor in libertatem: hunc ego hominem e. i. Q. meum esse aio!* Nach Puntscharts Angabe sollen auch Puchta, Rudorff und Rein derselben Meinung sein. Ich lese bei Rudorff RG. II. S. 130. a. E. u. Rein Röm. Priv.-R. S. 571 das Umgekehrte.

[88]) L. 2. § 24 D. d. O. J. I. 2. Bekanntlich ist es dieser Satz, um dessen Verletzung es sich im Prozess Virginia handelt. Die frühere Auffassung dieses Prozesses als einer *legis actio per manus iniectionem* wegen Liv. III. 44. (Heffter, Mayer, Puchta) schien bis vor kurzem allgemein aufgegeben, seit ihn Ad. Schmidt Zschr. f. gesch. RW. XIV. S. 74ff. in trefflicher Ausführung als reine *legis actio sacramento* charakterisirt hatte. (Zustimmend Keller, Rudorff, Bülow u. a. m.) Indessen ist neuerdings Bethmann-Hollweg kurzweg (Civ. Pr. I. § 42. Anm. 11. vgl. jedoch § 45 Anm. 33.) und Puntschart a. a. O. in ausführlicher Entwickelung zu jener alten Ansicht zurückgekehrt, — der letztere, indem er eine durchgeführte *legis actio per manus iniectionem* und einen in der ersten Vorverhandlung abgebrochenen Sakramentsprozess annimmt. Um diess zu begründen, muss freilich nicht bloss der Bericht des Dionysius in seinen Abweichungen von Livius ganz verworfen (S. 90—96), sondern auch der des Livius selbst auf eine Weise umgedeutet werden, die der Verwerfung gleich steht. So umschreibt Puntschart die Worte *„non cedere vindicias secundum libertatem postulantibus“* mit: „bestreiten, dass die thatsächlichen Voraussetzungen für einen Vindikationsprozess vorhanden seien“ (S. 37. 65. 66.) und *„postulant ut lege ab ipso lata vindicias det secundum libertatem“* mit „sie fordern, dass er einen von ihnen als vindex anerkenne“. Endlich die Forderung des Virginius an Appius Claudius auf Benennung eines *iudex „si ab libertate in servitutem contra leges vindicias non dederit“* (Liv. III. 56) hat er ganz übersehn. Ich zweifle, dass diese Art der Beweisführung jemanden überzeugen wird. Mit Recht nimmt vielmehr neuestens wieder Ihering (Geist III. S. 93. Anm. 119) an, dass Appius im Sakramentsprozess geradezu *vindicias secundum servitutem* verfügt habe, und zwar mit einer Motivirung, die nicht schlechter war, als manche heut zu Tage von einem höchsten Gerichtshof ausgesprochene. Der Decemvir scheint nämlich geltend gemacht zu haben, dass nach dem Sinne des Gesetzes der *assertor in libertatem* die vorläufige Freierklärung des Menschen nur dann verlangen könne, wenn er auch dessen Unabhängigkeit behaupte, da nur unter dieser Voraussetzung zur *vindicatio in libertatem* jeder gleich berechtigt sei, (*quia quivis lege agere possit*); dass da-



en und die Beweislast un-
wird man genöthigt, ausser
des Prätors anzunehmen,
Kläger, den andern zum
nnahme ist jedoch wenig
hier die Möglichkeit nicht
chieden lautenden Urtheile,
sten der Freiheit oder des
n drittes, für beide Theile
ei) non videri[89]). Allein
D. de lib. caus. XL. 12.
iess gewiss nicht beweisen,
neiudicium de libertate be-
hl abzusehn, wie ein sol-
gewirkt haben sollte. Wenn
n actoris oder *rei non vi-*
n dem (unrechtmässsigen)
r sollte er unter die Herr-
rätendenten zurückkehren?
eil wenn es den Freiheits-
andern die Herrschaft über

g, ob ebenso wie dem Herr-
Freiheit, so auch anderen
on die Geltendmachung des
chts von jedem dritten habe
B. dem Anspruch aus *pa-*
nabhängigkeit als „*vindicatio*
tatem" (l. 8 D. de probatt.
natum" die „*vindicatio in in-*
o libertinitatis" und „*inge-*
iniectio" ausgeübten „*ius*

ant selber die *patria potestas*
dominus keinem andern, als eben
sse alium, cui dominus posses-
rechung den Menschen in einen
ndes Behauptung zukomme, näm-
Schmidt a. a. O. S. 88.

ductionis" die *vindicatio* „*quominus is qui prensus est, teneatur.*" Jn der That ist dies alles behauptet worden.[90]) Von anderer Seite hat man bemerkt[91]), dass eine Vindication des Zustandes als *pater familias* nicht bestanden haben könne, weil beim Vorhandensein einer solchen der Umweg der Emanzipation überflüssig und unbegreiflich erscheinen würde. Mit dieser letzteren Bemerkung nun beweist man freilich zu viel, denn der gleiche Umweg durch die *mancipii causa* hindurch fand ja auch bei der Hingabe in die Gewalt eines Adoptivvaters statt, obwohl eine directe *vindicatio in potestatem* ausser allem Zweifel vorhanden war (ob. Anm. 82). Indessen lassen sich doch ebenso wenig jene andern Behauptungen mit Sicherheit begründen, und namentlich kann man nicht wohl absehn, wie bei solchen Streitigkeiten die Verbindung von Klage und Widerklage aufrecht erhalten worden sein sollte.[92]) Noch weniger ist die Gestaltung des Sakramentsprozesses in seiner Anwendung auf die Rechte der Agnation und der Gentilität, sowie auf das Römische Bürgerrecht zu erkennen;[93]) nur hinsichtlich der Tutel liegt die Annahme nahe, dass zwei angebliche Vormünder gegen einander mit der Vindikationsformel auftreten konnten: *In hoc L. Titio pupillo ius tutelae mihi esse aio.*[94])

---

[90]) C. O. Müller Lehrb. d. Jnst. § 59. Anm. 7. Unger Zschr. f. RG. VII S. 199. ff.

[91]) Keller Jnst. § 235. S. 205.

[92]) Ihering Geist III. S. 94. Anm. 120. Vgl. Bruns R. d. Besitzes S. 85

[93]) Cic. de Or. I. 38. *in causis centumviralibus, in quibus usucapionum tutelarum, gentilitatum, agnationum . . iura versentur.* Terent. Eunuch. IV 7. 35. auf welche Stellen Bethm.-Hollw. Civ. Pr. II. § 97. S. 331. aufmerksam macht.

[94]) Ulp. XI. §§ 6—8. Gai I. 168. Theophil. zu pr. J. de iis per quos agere IV. 10. *πολλάκις γαρ ἐδεῖτο πούπιλλος ἐπιτρόπου καὶ δύο ἐμάχοντο περὶ τοῦ τίνα δεῖ ἐπιτροπεῦσαι.* Scheurl Beiträge Bd. II. S. 1—3.

II.

Interdicta duplicia.

§ 4.

Die doppelseitige Fassung.

Ein Interdikt wird *duplex* genannt, wenn der Prätor in demselben zwei an je eine von zwei Parteien gerichtete Befehle gleichen Inhalts zu einem Satze zusammenfasst, wohl zu unterscheiden von dem Falle, wo er an jede von beiden gesondert ein Interdikt erlässt, sei es ein verschiedenes oder auch dasselbe.[95]) Die Römer charakterisiren ein solches Interdikt dahin, dass hier der Prätor *pari sermone cum utroque loquitur* und in Folge dessen *par utriusque litigatoris condicio est*[96]). Der eigentliche Grund dieses Begriffs liegt also in der Form des Erlasses.

Die Fälle nun, in welchen jene Zusammenfassung eintrat, werden in den Quellen nicht erschöpfend aufgezählt, sondern immer nur als Beispiele genannt. Die formelle Möglichkeit derselben lag offenbar nicht bloss bei prohibitorischen, sondern auch bei exhibitorischen und restitutorischen Befehlen vor, so oft nur jede von zwei Parteien den gleichen durch ein Interdikt geschützten Anspruch gegen die andre erhob. So hätte beispielsweise unter den exhibitorischen, wie schon Ad. Schmidt hervorhebt[97]), das *interdictum de tabulis* sehr wohl als *duplex* formulirt werden können, wenn jeder Theil den andern der Zurückhaltung des Testaments bezichtigte. Nicht minder wäre das restitutorische *unde vi* für die zweischneidige Fassung empfänglich gewesen in Fällen, wo gegenseitige

---

[95]) L. 22. § 2. D. quod vi aut clam XLIII. 24. l. 3. § 6. D. uti poss. XLIII. 17. wo an die eine Partei *uti eum locum*, an die andere *uti eas aedes possidetis* interdicirt wird. Rudorff Zschr. f. gesch. RW. XI S. 337. 351. Ad. Schmidt Interdiktenverf. S. 63. 64.

[96]) Gai. IV. 160.

[97]) Interdictenverf. S. 185. Anm. 8.

Besitzentsetzungen Statt gefunden hatten, der zeitige Besitzer aber noch Schadensersatz verlangte[98]). Und in der That schienen früher derartige Annahmen eine Bestätigung zu finden durch die l. 2. § 3 D. de interd. XLIII. 1, auf welche gestützt, man bald das Interdiktum *unde vi* und das *Salvianum*, das man damals noch für restitutorisch hielt[99]), bald die Interdikte *quorum bonorum* und *quod legatorum*[100]) als *duplicia* darzustellen versuchte. Indessen ist nun gegenwärtig durch die Wiederauffindung der Endlicher'schen Ulpianfragmente ein richtigeres Verständniss der l. 2 § 3 a. a. O. gesichert. Es steht jetzt fest, was schon die Glosse annahm[101]), dass die in dieser Stelle gemeinte Duplizität vielmehr auf das doppelte materielle Ziel der Erlangung oder Wiedererlangung des Besitzes zu beziehen ist[102]), welches durch die Interdikte *quem fundam*, *quam hereditatem* u. s. w. verfolgt werden kann. Und hiernach hat sich denn auch in Bezug auf jene formelle Duplizität die allgemeine Ansicht dahin festgestellt, dass dieselbe nur bei prohibitorischen Interdikten vorgekommen sei, und zwar bei denjenigen unter ihnen, welche zur Entscheidung über den Besitz und damit über die Anwartschaft auf die Beklagtenrolle im Petitorium dienten[103]).

Im Einzelnen gehören dahin vor allen die bekannten *uti possidetis* und *utrubi*, sowohl als *directa* zum Schutz des Sachbesitzes, wie als *utilia* zum Schutze des Besitzes an Niessbrauchs-, Gebrauchs- und Platzrecht; sodann die für den Besitz der Prädial-Servituten ausgebildeten Interdikte, sofern hier ein Streit zwischen zwei Prä-

---

[98]) Dass auch dieses Ziel für sich allein mit dem Interdictum de vi verfolgt werden konnte, hat zuerst Ad. Schmidt a. a. O. S. 40. nachgewiesen.

[99]) Ant. Faber, Coniect. II. 18. Zustimmend Dionys. Gothofredus u. Voët. Frider (de interdictis comm. VII. § 70 — 82) schreibt gar die Worte von A. Faber ab und verwechselt dann Duplizität und Cumulation.

[100]) A. v. Buchholtz. Versuche Nr. 9 S. 180.

[101]) Gl. *diximus* zu l. 2 § 3 D. a. a. O.

[102]) Rudorff Zschr. f. gesch. RW. IX. S. 15 ff. Ad. Schmidt a. a. O. S. 33. Die von diesem vertheidigte Erklärung der Worte „*ut diximus*" befriedigt mehr, als die Textänderung welche Mommsen vorschlägt. Gewaltsam und m. E. ohne befriedigenden Erfolg Huschke Gaius S. 186. Die dritte Bedeutung von Duplizität, welche Keller (Civ. Pr. Anm. 867) annehmen will, ist weder quellenmässig noch fruchtbar.

[103]) Es sind diess die „*momenta*" Isid. orig. V. 25. Gai. IV. 158 § 7 J. de interd. IV. 15. Schmidt S. 186. Rudorff a. a. O.

tendenten derselben Dienstbarkeit vorkommt, also namentlich „*inter rivales*“ das Interdiktum *de aqua quotidiana* und gewiss auch das *de aestiva*[104]), dagegen nicht dasjenige *de aqua publica,* welches wie alle Interdikte zum Schutz des Gebrauchs öffentlicher Sachen petitorisch ist[105]), wohl aber wieder die *interdicta de fonte, puteo* u. s. w.[106]) und endlich nach Ansicht Mancher auch das *Salvianum*[107]).

Was nun unter diesen allen zunächst die beiden Besitz-Interdikte *uti possidetis* und *utrubi* angeht, so sind die Streitfragen noch immer unerledigt, ob ihr Ursprung in der Entscheidung des reinen Besitzstreits oder in einem Gewaltverbot zu suchen, und ob ihre Fassung immer gleichmässig *duplex* oder zuweilen auch einseitig gewesen sei[108]). Es kann hier nicht die Absicht sein, die oft erörterten Gründe für und wider von Neuem vorzubringen. Nur ein Paar kurze Bemerkungen, welche mit dem Vorangegangenen oder dem Nachfolgenden zusammenhängen, sind hier am Platze. In dieser Beziehung erhellt zunächst so viel klar, dass wenn das oben in § 2 Gesagte richtig ist, die ursprüngliche Bestimmung jener Interdikte nicht in der sogenannten Regulirung des Possessoriums bestanden haben kann. Denn da nach allgemeiner Annahme die Interdikte schon zur Zeit der *legis actiones* aufgestellt waren, damals aber, wie ausgeführt, die Vindizien bei der Eigenthumsklage weder nach Massgabe des Besitzes ergingen, noch den Empfänger zum ausschliesslichen Beklagten machten, so müssen auch die Interdikte von vornherein einem andern Zwecke gedient haben, und

---

[104]) l. 1 § 26 D. de aq. cott. XLIII. 20. l. 4 eod. Schmidt a. a. O. S. 188.

[105]) l. 1 §§ 38—45 D. eod. l. 2 § 2 D. de interd. XLIII. 1. Rudorff Zschr. f. gesch. RW. XIII. S. 240.

[106]) l. un. pr. § 3 D. de fonte XLIII. 22.

[107]) Degenkolb Platzrecht und Miethe. S. 75. Anm. 1. wegen l. 1 § 1 D. de Salv. XLIII. 33, natürlich von einem ganz andern Standpunkt aus, als A. Faber u. Gen. (ob. Anm. 99).

[108]) Nachdem Witte (Interdictum uti poss.) den ursprünglichen Zweck der Interdikte in die Vorbereitung der Vindizien gesetzt und dem entsprechend die ausnahmslose Duplizität der Formel behauptet hatte (S. 110), haben Ad. Schmidt (Heidelb. Jahrb. Jahrg. LVI. S. 691) und Rudorff (Zus. zu Savignys Besitz Nr. 129. 132). demgegenüber ihre frühere Ansicht aufrecht erhalten, wonach die Interdikta anfänglich nur zur Verhütung von Gewalt bestimmt und *simpliciter* gefasst waren. Den letzteren ist beigetreten H. Dernburg in Pözls krit. V. J. Schr. V. S. 519. Dem ersteren dagegen Karlowa Beiträge S. 55—57. und zum Theil Ihering Jahrb. für Dogm. IX. S. 62. 78. Vermittelnd Kuntze Inst. § 514.

zwar, wie das *vim fieri veto* anzeigt, dem Schutze des Besitzers gegen das in der Gewalt liegende Unrecht. Damit ist aber die zweite Frage nach der Formulirung der Interdikte noch nicht entschieden. Denn auch solche Gelehrte, welche die Interdikte ihrem Ursprung nach als reine Gewaltverbote anerkennen, nehmen doch an, dass dieselben von jeher und in allen Fällen *dupliciter* gelautet hätten[109]). Gegen die Möglichkeit einer einseitigen Fassung nun wird gewöhnlich als einziger oder doch Hauptbeweis geltend gemacht, dass eine solche uns in den Quellen nirgend begegne[110]). Indessen dieser Grund ist keineswegs durchgreifend. Denn ein Mal bleibt es sehr wohl möglich, dass Justinian alles, auf die *formula simplex* Bezügliche von der Aufnahme in sein Gesetzbuch ausgeschlossen hat, da für seine Zeit natürlich nur die doppelte, welche ein für alle Mal nach beiden Seiten hin Gewalt verbot, Bedeutung hatte. Sodann aber fragt es sich auch sehr, ob wir nicht doch in den Pandekten noch eine Spur haben, welche die Möglichkeit einer einseitigen Fassung verräth: nämlich die l. 1 § 5 D. *uti poss.* XLIII. 17. So wie diese Stelle lautet: „*Perpetuo autem hoc interdicto insunt haec: quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides*", ist sie doppelt merkwürdig, weil sie sich auf die ältere, uns sonst nur aus Festus bekannte Form dieser *exceptio* bezieht, und weil sie offenbar nur einen Impetranten des Interdikts und einen Impetraten (*ille*) voraussetzt[111]). Dazu kommt, dass sie auch nach dem Zusammenhange der l. 1 cit. nur ein fremdartiges Einschiebsel in derselben bildet[112]). Nimmt man diess alles zusammen, so wird es überaus wahrscheinlich, dass zum mindesten in älterer Zeit, in dem Falle, wo nur einer der beiden Theile Schutz im Besitz verlangte, der Prätor auch nur zu dessen Gunsten interdizirte: *Uti nunc possides eum fundum, quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides, quominus ita possideas vim fieri veto.* Doch mag dem nun sein, wie ihm wolle, jedenfalls steht so viel fest, dass zur

[109]) Bethmann-Hollweg Civilpr. II. § 98. Anm. 139. S. 372. 373. Huschke Gaius S. 190.

[110]) Degenkolb Platzrecht S. 78. Witte Interdictum S. 40. 41. 111.

[111]) Auf diese Stelle bin ich namentlich durch Baron aufmerksam geworden. Vgl. dessen Gesammtrechtsverh. S. 91. Dass in prohibitorischen Interdiktsformularen vielfach der Impetrant als der Angeredete, der Impetrat als dritte Person erscheint, ist bekannt. S. Ad. Schmidt Interd. S. 151. Anm. 1.

[112]) So auch Mommsen in seiner Ausgabe der Pandekten. Vgl. besonders § 9 eod.

klassischen Zeit die *interdicta retinendae possessionis* immer oder doch regelmässig [112a]) als *duplicia* erlassen wurden, und dass diess sich auch nicht bloss bei den *interdicta directa*, sondern auch bei den *utilia* im Streit zwischen zwei Rechtsbesitzern so verhielt[113]).

Dagegen ist man nun neuerdings über einen andern Punkt in Streit gerathen, nämlich ob der Prätor auch noch den weiteren Schritt gethan und beim Streit zwischen einem Sach- und einem Rechtsbesitzer die zu deren Schutz dienenden verschiedenen Befehle zu einem Satze zusammengefasst oder vielmehr das *directum* und das *utile interdictum* gesondert erlassen habe. Das erstere hat zuerst für den Streit des Sachbesitzers und des Niessbrauchers Rudorff[114]), später für denjenigen zwischen *corporis possessor* und Superfiziar Witte[115]) behauptet. Beiden ist andrerseits Degenkolb als Verfechter der verneinenden Meinung gegenüber getreten[116]). Gewiss muss man sich diesem letzteren anschliessen. Wie wenig für jene Zusammenfassung ein äusserer Beweis aus l. 4 D. uti poss. XLIII. 17 und § 90 Fr. Vat. zu entnehmen ist, hat Degenkolb erschöpfend dargethan. Noch entscheidender sprechen gegen dieselbe innere Gründe. Denn selbst wenn man in die combinirte Formel eine *exceptio* zu Gunsten des *quasi possessor* aufnimmt, damit nicht bei gleichzeitigem Vorhandensein von Sach- und Rechtsbesitz beide Theile verurtheilt werden müssen, [117]) bleibt die For-

---

[112a]) Das alte einfache *interdictum* — sagt Rudorff Zschr. f. g. RW. XI. S. 335 — wurde fortan nicht mehr proponirt, es bestand nur noch materiell als eine der Funktionen des doppelten.

[113]) In welcher Gestalt das *interdictum utrubi* dem Usufruktuar gegeben wurde, ob als *directum* (Keller Pandekten § 186) oder als *utile* (Arndts Pandekten § 192), ist uns nicht überliefert. Nach dem Wortlaut desselben lag eine Nothwendigkeit der Umformung nicht vor. Daher ist dasselbe auch in § 90 Fr. Vat. nicht erwähnt.

[114]) Zschr. f. gesch. RW. XI. S. 344. und verbessert im Edictum de iurisdictione § 248: *Uti eum fundum n. v. n. c. n. p. alter ab altero possidetis utimini fruimini quominus ita possideatis utamini fruamini vim fieri veto.* Zustimmend Keller Pandekten § 186 l. Bethm.-Hollw. II. § 98. Anm. 137.

[115]) Interd. uti poss. S. 113. *Uti possidetis vel ex lege locationis sive conductionis* (lies: *venditionis*; Rud. Zschr. XI. S. 230. Degenkolb Platzrecht S. 26. was jedoch Mommsen nicht aufgenommen hat) *superficie fruimini n. v. n. c. n. p. alter ab altero, quominus possideatis fruamini vim fieri veto.*

[116]) Degenkolb a. a. O. § 13. S. 71—78.

[117]) Was Rudorff im Edikt p. 221. Anm. 4. hiergegen einwendet, erscheint nicht zutreffend.

mel überaus unbefriedigend. Insbesondere muss dieselbe — abgesehen von der nicht unbedenklichen Verbindung *uti frui fundum* — dadurch Anstoss erregen, dass sie die beiden Zeitwörter in der Mehrheit neben einander enthält. Auf diese Weise würde jedes derselben an jede der beiden Parteien gerichtet, und so ein Complex von vier Befehlen, gewissermassen ein *interdictum quadruplex* hergestellt sein, das sich auf ganz verschiedene Rechtsstreite beziehen liesse. Es erscheint doch aber geradezu unzulässig, zwei Personen in einem und demselben Satze einmal als Besitz- und dann wieder als Nutzniessungsprätendenten zu behandeln. Wollte man dagegen einwenden, dass das eine Zeitwort nur auf den Impetranten, das andere nur auf den Impetraten zu beziehen sei, so würden dann eben beide Parteien nicht mehr *pari*, sondern vielmehr *dispari sermone* vom Prätor angeredet sein. Dazu kommt noch, dass wenn überhaupt einmal die Zusammenfassung zweier Befehle von verschiedenem Inhalt zu einem einheitlichen Interdict angenommen wird, man kaum umhin kann, dasselbe auch in mancherlei andern Fällen als möglich einzuräumen, wie namentlich in dem Streit zwischen einem Sachbesitzer oder Usufruktuar einerseits und einem Prädial-Servitut-Prätendenten andrerseits[118]). Freilich werden die dem Besitzer von Grundgerechtigkeiten gegebenen Interdikte nicht ebenso wie das *fructuarium* und *superficiarium*[119]) als Nachbildungen des *interdictum uti possidetis* bezeichnet. Allein sie dienen doch ebenso, wie die genannten beiden, zum Schutze einer *quasi possessio*, heissen darum *veluti possessoria*[120]) und weichen von der Formel des U. P. nicht mehr, als jene ab, indem sie statt auf den Besitz (*possidere*), auf die Ausübung der betreffenden Servitut gestellt sind[121]). Wenn nun gleichwohl eine derartige Zusammenfassung aus innern wie aus äussern Gründen

---

[118]) Diess nimmt in der That an Bethm.-Hollw. II § 98. Anm. 146. Vgl. gegen das in dieser Anm. Gesagte Schmidt Interdiktenverf. S. 64. Bruns R. d. Besitzes S. 91.

[119]) l. 4 D. uti poss. XLIII. 17 § 90 Fr. Vat. l. 1 § 2 D. de superf. XLIII. 18.

[120]) l. 20 D. de servitt. VIII. 1.

[121]) Diess scheint Witte übersehn zu haben, wenn er a. a. O. S. 113 bemerkt, dass ein Prädialservitutenbesitzer die Worte *uti possidetis* auf sich nicht habe anwenden können. Das konnten ja der Usufruktuar und Superfiziar ebenfalls nicht.

mehr als unwahrscheinlich ist, so wird man eben zurückschliessen und die Combination von possessorischen und quasipossessorischen Interdikten überhaupt verwerfen müssen. Vielmehr ist ganz allgemein zu behaupten, dass in allen Fällen, wo die beiden Parteien nicht den gleichen, sondern nur einen verschiedenen Befehl wider einander auswirken konnten, der Prätor anstatt beide zu einem Interdikt zusammenzufassen, entweder jeden besonders erliess, so dass der eine von beiden den Erfolg des andern ausschloss, oder von vorn herein den einen in Form einer *exceptio* dem andern einverleibte[122]).

Bei den Grundgerechtigkeiten, welche durch besondere Interdikte geschützt sind, wird ein Zusammenstoss thatsächlich seltener zwischen zwei Prätendenten derselben Servitut, als zwischen einem Servitut-Prätendenten und dem Besitzer des angeblich belasteten Grundstücks vorkommen, aus dem einfachen Grunde, weil ein beschränkter Gebrauch von Seiten einer Person mit dem gleichbeschränkten von Seiten einer andern vielfach wohl verträglich ist[123]), nicht aber mit der unbeschränkten Herrschaft des Sachbesitzers. In der grossen Mehrzahl der Fälle müssen daher die Interdikte zum Schutz der Prädial-Servituten *simplicia* geblieben sein. Nichts destoweniger lässt sich auch bei solchen ein Interesse des Berechtigten, andern die Ausübung der gleichen Befugniss zu verwehren, sehr wohl denken, und zwar nicht bloss bei Wasserleitungen, sondern auch bei Benutzung von Viehtränken, Brunnen, Triftwegen, Weiden u. dergl. mehr[124]). Wo nun im einzelnen Falle die Umstände dazu angethan waren, ist kein Grund, zu zweifeln, dass das betreffende Interdikt als *duplex* erlassen werden konnte, (*uti hoc anno usi estis* u. s. w.) um zu entscheiden, welche von beiden Parteien Veranlassung hatte, gegen die andere mit der *actio confessoria* vorzugehn.

Was schliesslich das *interdictum Salvianum* betrifft, so ist man

---

[122]) l. 3 §§ 5. 6. D. uti poss. XLIII. 17. l. 22 § 2 D. quod vi aut clam XLIII. 24. l. 7 § 3 D. eod. Degenkolb a. a. O. S. 68. 69.

[123]) l. 15 D. comm. praed. VIII. 4. l. 4 D. de aqua cott. XLIII. 20. l. 2 §§ 1. 2. D. de serv. pr. rust. VIII. 3. Vgl. Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 137.

[124]) L. 1 §§ 6. 18. 25. l. 5. § 1. D. de aqua cott. XLIII. 20. l. 19 § 4. D. comm. div. X. 3. l. 5. § 1. D. de servitt. VIII. 1. l. 25. D. de serv. pr. rust. VIII. 3. Baron a. a. O. S. 146.

versucht, die mögliche Duplizität desselben daraus zu folgern, dass es nach l. 1. § 1 und l. 2 D. de Salv. XLIII. 33. auch zwischen mehreren Pfandrechtsprätendenten Statt findet (*inter ipsos redditum*), in einem solchen Streitfalle dem Besitzer zum Siege verhilft und damit die Anstellung der *actio Serviana* vorbereitet[125]). Gleichwohl stehen einer solchen Folgerung überwiegende Gründe entgegen.

Fasst man zunächst die angezogenen Stellen ins Auge, so wird in denselben ein Fall vorausgesetzt, wo der eine der beiden Pfandberechtigten sich im Besitze befindet. Gerade in diesem Falle aber ist eine Duplizität des *interdictum Salvianum* unmöglich. Denn da dasselbe nicht *retinendae*, sondern rein *adipiscendae possessionis* ist, so kann der Besitzer es für sich niemals geltend machen[126]). Folglich ist auch in jener Stelle nur an ein einfaches Interdikt des nicht besitzenden gegen den besitzenden Pfandgläubiger zu denken[127]). Die Erklärung für den hierbei eintretenden Sieg des letzteren über den ersteren sucht Rudorff, der anscheinend ebenfalls nur ein *simplex interdictum* voraussetzt, damit zu geben, dass der *in pari causa* vorgehende Beklagte die Sponsionsklage durch eine Restipulation überwinde[128]). Indessen wenn das Interdikt *pure* so gelautet hätte, wie er andeutet:[129]) *si is homo est ex his*

---

[125]) Es müsste dann, wenn man sich dem Rudorffschen Wiederherstellungsversuch (Zschr. f. g. RW. XIII. S. 225. und Edictum § 271.) anschliesst, gelautet haben: *Si is homo est ex his rebus, de quibus inter Titium colonum et alterum utrum vestrum convenit, ut quae in fundum communem vestrum invecta etc. essent ea pignori ei pro mercede eius fundi essent*, u. s. w. — Uebrigens will in diesem Formular überhaupt das *res de quibus convenit, ut quae invecta essent* nicht recht zusammen passen. Ansprechender erscheint der Entwurf von Keller Inst. S. 71. der sich ebenfalls leicht in einen zweiseitigen umwandeln lässt. Dernburgs Rekonstruction (Pfandr. II. 8. 338.) berücksichtigt m. E. nicht genügend, dass der (Mit-) Eigenthümer des verpachteten Grundstücks nicht unter allen Umständen auch *locator* ist.

[126]). Ulp. Fr. Endl. 3. l. 2, § 3. D. de interd. XLIII. 1. Rudorff Zschr. a. a. O. Stände das *Salvianum* auch dem (gegenwärtigen oder gewesenen) Besitzer zu, so wäre es ja ein weiteres *duplex* (oder gar *triplex*) in dem Sinne der l. 2. § 3. a. a. O. und zwar nicht ein *restitutorium*, sondern ein *prohibitorium duplex*, wovon doch jene Stelle nichts andeutet. (S. oben Anm. 102).

[127]) Das „*inter ipsos*" kann dagegen natürlich nichts ausmachen. Jedes einseitige Interdikt wird „*inter me et te*" erlassen. Cic. Tull. c. 29.

[128]) Zschr. f. g. RW. XIII. S. 243.

[129]) Edictum § 271. not. 3.

rebus, de quibus inter Titium colonum et illum convenit ut quae in fundum communem vestrum, illius et tuum invecta essent, ea pignori illi pro mercede eius fundi essent u. s. w., so würde doch die Frage, ob dem pfandberechtigten Nichtbesitzer durch Weigerung der Freigabe von Seiten des Besitzers *adversus edictum praetoris vis* geschehen sei, nimmermehr zu verneinen gewesen sein. Diess wurde vielmehr erst möglich durch Hinzufügung einer *exceptio* des Inhalts, dass bei gleichem Recht des Besitzers der Befehl des Prätors eine Ausnahme leide: wie solche ja auch in andern Fällen gleicher Berechtigung zum Schutz des Beklagten nöthig war[130]). Eben dieselbe wurde also gewiss auch beim *interdictum Salvianum* ertheilt, und zwar wohl gleich im Tenor des Interdikts etwa in der Fassung *si non inter Titium colonum et te de iisdem rebus convenit ut tibi quoque pignori essent*[131]), wie ja auch andre Exceptionen in der Salvianischen Formel unzweifelhaft Aufnahme fanden[132]).

Aber auch abgesehn von dem Falle, wo einer der beiden streitenden Pfandprätendenten bereits den Besitz hat, ist eine Duplizität des *Salvianum* unannehmbar: aus dem Grunde, weil die an den einen Theil geschehene Verpfändung ein gleiches Recht des andern keineswegs ausschliesst, und somit der doppelte Befehl immer auch die Gefahr einer doppelten Verurtheilung in sich tragen würde. Bei dem *interdictum duplex*, welches an zwei Prätendenten des gleichen Sach- oder Rechtsbesitzes ergeht, (*uti possidetis directum* und *utile*) liegt diese Gefahr um desswillen fern, weil der streitige Besitz nicht wohl auf beiden Seiten, sondern nur auf einer von beiden vorhanden gewesen sein kann. Bei dem Doppelbefehl, der für den Streit zwischen Sach- und Rechtsbesitzer von Manchen angenommen wird, wäre sie, wie oben bemerkt (bei Anm. 117), wenigstens abzuwenden durch Einrückung einer exceptio, welche dem *quasi possessor* den Sieg sicherte. Beim *interdictum Salvianum* dagegen zwischen zwei Nichtbesitzern würde auch eine solche *exceptio* nur entweder für beide oder für keinen gerechtfertigt und somit im Falle einer wirklich zweifachen Verpfändung der Richter in der

---

130) L. 7. § 3. D. quod vi aut clam XLIII. 24. (*quod non tu vi aut clam feceris*) vgl. l. 22. § 2. eod. Cic. ad fam. VII. 13 (*quod tu prior vi hominibus armatis non veneris*). l. 9. § 4. D. de publ. act. VI. 2. (*si non etiam Ns. Ns. bona fide emit et ei traditum est*). l. 14. D. qui pot. XX. 4. u. s. w.

131) Aehnlich neuerdings auch Rudorff selbst, Edictum § 271. not. 4.

132) Z. B. *extra quam quod in bonis rei est.* Keller Inst. S. 72.

Lage sein, entweder beide freizusprechen oder beide zu verurtheilen. Ein Befehl, welcher derartige Folgen nahe legt, hat aber alle Wahrscheinlichkeit gegen sich. Allerdings sind ja Beispiele von Interdikten bekannt, welche einander gegenseitig aufheben, so dass im Resultat keiner von beiden durchdringt[133]). Allein weil diese Möglichkeit besteht, werden eben beide Befehle gesondert erlassen und nicht in einen Satz zusammengefasst. Es wäre ja auch in der That geradezu inkorrekt zu sagen: *si inter Titium colonum et alterum utrum vestrum convenit* —, während vorauszusehn ist, dass diese Thatsache sehr wohl bei beiden Parteien zutreffen kann. Und so wird man denn annehmen dürfen, dass falls einmal zwei nicht besitzende Pfandgläubiger das *Salvianum* gegen einander auswirkten, dies nicht einheitlich für beide als *duplex*, sondern zwei Male als *simplex* erlassen wurde. Thatsächlich kam indessen dieser Fall gewiss äusserst selten vor, da für jene Personen nicht sowohl der Sieg der einen über die andere, als vielmehr die Prävention in der Besitznahme und insofern also der Sieg der einen von beiden über den dritten Besitzer entscheidend sein musste[134]).

§ 5.

Die Wirkung der Duplizität beim *interdictum uti possidetis.*

Es handelt sich jetzt darum, die klagrechtlichen und prozessualischen Folgen darzustellen, welche aus dem Erlass eines *interdictum duplex* entsprangen. Wie dieselben zur Zeit der *legis actiones* geregelt waren, ist nicht mit Sicherheit zu ermitteln[135]). Darum beschränken wir uns hier auf die Zeit des Formularverfahrens, und zwar zunächst auf die Gestaltung desselben beim *interdictum uti possidetis.*

Da dieses Interdikt für beide Theile dasselbe Verbot aussprach,

---

[133]) Vergl. die mehrfach citirte l. 3. §§ 5. 6. D. uti poss. XLIII. 17.

[134]) Wie in den Fällen der l. 10. D. de pecul. XV. 1. l. 14. pr. D. de nox act. IX. 4. Vgl. Böcking Pand. d. Röm. Priv. R. I. § 128. Anm. 29. Kierulff Theorie des gem. Civilr. I. S. 238. Unger System d. östr. Priv. R. I. § 70. Anm. 30. 31.

[135]) S. darüber Ad. Schmidt Interdiktenverf. S. 317. u. Heidelb. Jahrb. LVI. S. 689ff. und Witte Interdiktum uti poss. S. 14—19.

so wirkte es natürlich auch materiell nach beiden Seiten hin (*dupliciter*) immer und nothwendig soviel, dass es für jede Partei den gleichen Schutz gegen Verletzung ihres etwa bestehenden Besitzes (*vis*) von Seiten der andern Partei erzeugte. Was zum Thatbestande der *vis* im Sinne des Befehls erfordert wurde, ob bloss wörtliche, oder symbolische, oder gar thätliche Anfechtung, bleibt zweifelhaft. Möglich, dass jeder Theil den andern, der ihm seinen Besitz fortgesetzt bestritt, zur Verübung einer formellen *vis* (*ex conventu*) sogar nöthigen konnte[135a]). Auf alle Fälle galt jeder Eingriff in den Besitz, welchen sich *post interdictum redditum* ein Theil erlaubte, für den andern als genügender Anlass zur Provokation.

In Folge eines solchen stand es, wie bekannt, jeder Partei frei, die andere zum Bietungsverfahren über den Interimsbesitz (*fructuum licitatio*) und zur Eingehung des wechselseitigen Strafversprechens über die geschehene oder nicht geschehene *vis* herauszufordern, wogegen sie von dieser die gleiche Herausforderung gewärtigen musste. Wenn dann aus jedem solchen Strafversprechen der betreffende Promissar auf Zahlung der Strafsumme klagte, so ergab das für jeden Theil zwei Condiktionen, denen noch für den Minderbieter die beiden Klagen auf Restitution der Sache nebst Früchten[136]) und auf Zahlung des Meistgebots hinzugefügt wurden. Es ist klar, dass bei dieser Gestaltung des Prozesses jeder Theil formell und materiell sowohl als Kläger, wie als Beklagter auftrat und das ist eben der Grund, wesswegen man von einer Duplizität nicht bloss des Interdikts, sondern auch des sich daraus entspinnenden Judiziums zu reden pflegt[137]).

Allein hierbei ist vor allem festzuhalten, dass diese prozessualische Entwickelung auf Grund des Interdikts nur möglich und viel-

---

[135a]) Dann hätte die *vis* auch zu den *cetera ex interdicto* gehört. Vgl. Rudorff Edictum p. 218. Zugleich würde sich damit der Einwand Rudorffs (zu Sav. n. 131) erledigen, dass bei der Annahme einer besondern *vis* die Regulirung des Petitoriums ins Ungewisse verschoben bliebe.

[136]) Die Ansicht von Huschke (Gaius S. 193.) Rudorff (R. G. II. S. 182.) u. Witte (Interd S. 51.) dass die Früchte nicht mit der Sache selbst im *Cascellianum*, sondern mit der Lizitationssumme im *fructuarium* gefordert worden seien, scheint mir Schmidt Heidelb. Jahrb. LVI. S. 691. überzeugend widerlegt zu haben. Mit diesem stimmt Keller Inst. S. 41. Unentschieden Bethm.-Hollw. II. S. 379.

[137]) So z. B. Witte S. 63. Bethm.-Hollw. II. § 98. Anm. 106. Kuntze Inst. I. S. 147.

leicht gewöhnlich, aber keineswegs nothwendig war. Wenn einer von beiden Theilen auf den Besitz keinen Anspruch machte, sondern nur den Besitz des andern und somit auch dessen Verletzung läugnete, so war er durchaus nicht gezwungen, auf die Sache zu bieten und eine Sponsion des Gegners zu verlangen; vielmehr beschränkte er sich dann darauf, wegen der diesem angeblich zugefügten Besitzstörung zu spondiren und zu restipuliren[138]). Dann aber konnte auch nur der angeblich gestörte Theil als Kläger und nur der angebliche Störer als Beklagter auftreten, indem jener wider diesen die Sponsionsklage und etwa eine *actio arbitraria* auf sein Interesse anstellte[139]). Dagegen der umgekehrte Angriff unterblieb, und eine Verurtheilung des Klägers war unmöglich, selbst wenn sich herausstellte, dass der Gegner zur Zeit des Interdiktserlasses fehlerlos besessen habe.

Daran ändert natürlich nichts der Umstand, dass auch hier der Sponsionsforderung des Klägers der Anspruch des Beklagten aus der Restipulation gegenüber trat. Denn dieser Anspruch beruht ja nicht auf einem eigenen Recht des Beklagten, sondern nur auf einer Verneinung des klägerischen. Er führt nicht zu einer besonderen Verhandlung, Beweisführung und Entscheidung, sondern ist in allen diesen Punkten mit der logischen Umkehrung dessen, was den Anspruch des Klägers betrifft, erledigt. Er kann also auch nicht als eine selbständige Klage, sondern nur als ein verstärkter Widerspruch gegen eine solche, gleichsam als ein Antrag auf Verhängung einer *poena temere litigantis* aufgefasst werden[140]).

Freilich hat nun noch immer die entgegengesetzte Meinung Vertreter, nach welcher das Wesen der Besitzklage es erfordert haben soll, dass jeder Theil den Besitz für sich in Anspruch nahm und als Kläger wider den andern auftrat. Allein diese Meinung ist für das klassische Römische Recht — und nur von diesem ist hier zunächst die Rede — ganz gewiss unhaltbar. Denn was den prätorischen Erlass des Interdikts selbst betrifft, so war dasselbe in dem Falle, wo nur einer von beiden Schutz im Besitz begehrte, auch in seiner doppelseitigen Fassung nichts weniger als unanwend-

138) Vgl. Schmidt Interd. S. 286. Witte Interd. S. 99 ff. Ob auch in diesem Falle *fructuum licitatio* statt fand (Huschke, Gaius S. 195.), darüber unten Anm. 162.

139) Schmidt S. 260. Witte S. 118. 122. Bethm.-Hollw. II. § 98. Anm. 134.

140) Vgl. Schmidt S. 286.

berflüssiges, aber niemals
er konnte das Sponsions-
in. Wenn hier der Pro-
gemachte Handlung durch
lediglich ihren rechtsver-
Gegner nicht als Besitzer
ärte gewesen, einen Theil
gen zu lassen. Es hätte
am gestörten Besitzer der
weil der Störer jetzt ein-
hätte umgekehrt der viel-
te genöthigt sein müssen,
seine Sponsionsklage eine
Gegners aber eine Verur-
pruch einzubüssen, der ihm
chsen sein würde. Beides
That wird denn auch die
in letzter Zeit fast allge-
selbe noch von Vangerow
als Mittel zur Vorbereitung
erdings dagegen giebt der-
Interdikt auch gegen den-
anten nur bestritt, — und
klagt werden können[142]).
Interdikt sogar von jeher
desselben zu genügen, dem
willen untergelegt[143]). Nur
Zeit übereinstimmend mit
heile als unerlässliches Er-

lüssige Ausdrücke hier und da
e *invito No No.* Vgl. auch Ad.

I. § 336. S. 676. 683. Nach
auf S. 676, dass jeder Litigant
stillschweigend auf den Fall
n.

. arg. l. 3. § 2. D. uti poss.
terungen S. 262.

forderniss des Interdiktenprozesses festgehalten[144]). Allein sobald man, wie Sintenis selbst, das Possessorium als einen selbständigen, vom Petitorium völlig unabhängigen Rechtsstreit anerkennt, so beruht jenes Erforderniss doch eigentlich nur noch auf einem Schluss von der Duplizität des Interdikts auf die Duplizität des Judiziums, und ein solcher Schluss ist eben willkürlich. Uebrigens ist die Unrichtigkeit der Sintenis'schen Meinung auch schon von andrer Seite so gründlich dargethan worden, dass es an dieser Stelle genügt, auf jene Widerlegungen zu verweisen[145]). Nach alledem ist als Ergebniss fest zu halten, dass in allen Fällen, wo der auf Grund des Interdikts zur Steigerung und Sponsion Provozirte sich nicht veranlasst fand, sein Anrecht zu einem entsprechenden Gegenangriff zu benutzen, aus dem *interdictum duplex* ein gewöhnliches *iudicium simplex* hervorging: ein Fall, von welchem Gaius zwar nicht in den uns erhaltenen Abschnitten, aber vielleicht auf den unlesbar gebliebenen beiden Blättern hinter § 165 gehandelt hat[146]).

Wenn nun aber wirklich beide Theile Besitz beanspruchten und in Folge dessen boten, stipulirten und klagten, so wurden die mehreren Sponsionsklagen rein äusserlich zu einem *iudicium* vereinigt. Allerdings war dabei, ebenso wie beim Sacramentsprozess, die Stellung der Parteien eine gleiche, in so fern die Klagen beider von derselben Art und auf denselben Gegenstand bezüglich waren. Allein eine materielle Einheit des Streitverhältnisses war darin hier so wenig, wie dort, enthalten, weil der Anspruch jeder Partei seinen besondern Grund hatte und nicht bloss die logische Negation des gegnerischen, sondern zugleich eine selbständige Gegenbehauptung in sich schloss. Daher wurden auch nicht etwa die beiderseitigen Ansprüche zu einer einzigen Formel zusammengefasst, sondern jeder Theil erlangte aus der von ihm vorgenommenen Stipulation eine besondere actio[147]). Daher lag ferner die Beweislast nicht, wie häufig gelehrt wird[148]), bloss derjenigen Partei ob,

[144]) Sintenis Prakt. gem. Civilr. (3. Aufl.) § 46. Anm. 6. Wiederhold, d. Interd. uti poss. S. 26—38.

[145]) Vgl. besonders Witte S. 99—102. Bruns R. d. Besitzes S. 48—50.

[146]) So Witte S. 110. Schmidt Heidelb. Jahrb. LVI. S. 693. Anders Bruns S. 47. Huschke Gaius S. 194.

[147]) Gai. IV. 166.

[148]) Savigny R. d. Besitzes § 37. S. 405. Heimbach in Weiskes Rechtslexicon V. S. 630. Bethm.-Hollw. II. § 100. Anm. 28. Dawider schon Bruns R. d. Besitzes S. 53.

ng angetragen hatte, son-
für den von ihm behaup-
as Urtheil auf jede Klage
r auf die eine Klage um-
n, was wohl zu beachten
olutorisch oder auf beide

tere dieser beiden Ergeb-
genannte rekuperatorische
n unter dieser Voraus-
n, wo einer *vitiose ab al-*
abweisend und auf beide
en, so dass die beiden
hoben. Allein auch wenn
elbe Verlauf des Prozesses
ner der beiden streitenden
nterdiktserlasses darzuthun
amentlich ältere Praktiker
klärt ein solches Ergebniss
bweisung mit der eigenen
ng auf Grund der Spon-
. Allein eine solche Noth-
überwiegende Beweispflicht
e ist weder mit der Dar-
d sie von Witte selbst be-
e Abweisung beider Theile
nzuträglichkeiten zur Folge
t der abgewiesenen Partei
berzugehn.
bar, dass unter Umständen
chienen. Ein bestimmtes
der *possessio plurium in*
r. D. uti poss. XLIII. 17
auf den Streit zwischen
us erklärt: *neuter vincetur*,

36 Anm. 1. II. 5. (S. 682). Sinte-
2. Anm. 2. Seuff. Arch. XIV. 97.
182. Anm. 2.

so wird diess bekanntlich meistens dahin verstanden, dass Ulpian hier sagen wolle, „der Prozess sei gar nicht zu entscheiden", und darin zeige sich eben die Verkehrtheit der ganzen Lehre von der *possessio plurium in solidum*[152]). Allein diese Auslegung ist nach dem, was wir anderweit über die Verbreitung jener Lehre wissen, durchaus nicht geboten[153]), und auf alle Fälle ist die Consequenz der letzteren nicht eine Unentschiedenheit des Prozesses, sondern eine Entscheidung in der Art, dass jeder *sponsione* condemnirt und *restipulatione* absolvirt wurde, wobei denn wieder im Ergebniss eine Condemnation die andere aufhob[154]). Für das neuere Recht ist das gedachte Beispiel freilich veraltet, und die vielfachen Zweifel der Glossatoren, wie in dem Falle zu erkennen sei, wo beide Theile gleichmässig Besitzhandlungen bewiesen haben, sind längst im Sinne das c. Licet (9 X. de probatt. II. 19) dahin erledigt, dass hier der ältere Besitz den Vorzug gebe. Indessen lassen sich ausser jenem Beispiel ganz wohl auch noch andere denken: wie etwa, wenn jeder von beiden aus Alleinbesitz geklagt und sich im Prozess als blosser Mitbesitzer zur Hälfte herausgestellt hatte. Hier musste nach klassischem Recht unzweifelhaft der Sieger in der fructuum licitatio aus der Sponsion verurtheilt werden, damit er im Cascellianum zur Restitution pro parte dimidia angehalten werden konnte. Dann aber musste dieselbe Strafcondemnation auch gegen den andern eintreten, weil dieser das Recht des ersteren in demselben Umfang verletzt hatte, als der erstere das seine.

Schliesslich lässt sich noch die Frage aufwerfen, ob nicht unter Umständen auch die eine Sponsionsklage ohne die andre habe abgeurtheilt werden können, wie eine ohne die andre zu erheben war[155]); z. B. im Falle der Contumaz, wenn der allein erschienene Theil als Beklagter seine Absolution beantragte, als Kläger aber sich der Beweisführung enthielt[156]). Indessen ist darüber nichts mit

---

[152]) Savigny Besitz S. 182. Witte S. 70.

[153]) Vgl. Puchta Inst. § 229. Anm. i. Bruns Jahrb. des gem. Rechts IV. S. 44. Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 88.

[154]) Es fragt sich, wie in solchem Falle in den *iudiciis secutoriis* erkannt wurde. Die Voraussetzung für eine Verurtheilung war bei beiden eingetreten, da der Kläger *sponsione* gesiegt hatte. Allein andrerseits hatte auch dieser gegen das Interdikt verstossen. Daher wird im *fructuarium* der *iudex* auf *remissio* arbitrirt und im *Cascellianum pro parte dimidia* condemnirt haben.

[155]) Schmidt Interdiktenverf. S. 251.

[156]) Vgl. Bethm.-Hollw. II. § 108. S. 603. 604.

Sicherheit zu bestimmen, und später wurde überdiess, wie wir weiter unten sehen werden, eine derartig getrennte Behandlung beider Klagen durch Kaisergesetze ausgeschlossen.

Jedenfalls hatte nach dem Vorstehenden der beiderseitige Besitz-Anspruch nur die Wirkung, dass er den gewöhnlichen Gegensatz der Parteien in doppelter Gestalt hervorbrachte.

Aber noch mehr. Genau gesehen war auch in diesem Falle die oben zugegebene Gleichheit der Parteienstellung keine vollständige und durchgreifende.

Da in Folge der *fructuum licitatio* dem Meistbieter gestattet worden ist, den Besitz von dem Minderbieter ungestört zu geniessen, so stellt dieser letztere zur Wiedererlangung des Besitzes und zur Bestrafung des Meistbieters als Anhang seiner Sponsionsklage auch noch die kaszellianische und die fruktuarische Klage an. Diesem zweifachen Angriff aber kann ein gleicher von der andern Seite nicht entgegengestellt werden, und darum bildet er einen wesentlichen Unterschied der Parteirolle des Minderbieters von derjenigen des Meistbieters.

Hier drängt sich die Frage auf: Wie aber, wenn auch der Meistbieter seinerseits nach Erlass des Interdikts und noch ehe er durch die *fructuum licitatio* Sicherheit erlangte, eine Störung im Besitz erfahren hatte? Musste dann nicht auch seiner *formula ex sponsione* wenigstens eine Restitutionsklage beigefügt werden? Darauf ist folgendes zu erwiedern. Einmal wurde in den meisten Fällen beiderseitigen Besitzanspruchs wohl sofort nach dem *interdictum redditum* zu den *cetera ex interdicto* geschritten, so dass für eine materielle Besitzverletzung gar kein Raum mehr blieb: wie ja auch bei Gaius der Interdiktsprozess in ununterbrochenem Verlaufe dargestellt wird. Sodann aber musste selbst in den Ausnahmefällen, wo dem späteren Meistbieter noch vor der *fructuum licitatio* eine Beschädigung widerfahren und also eine Restitutionsklage nicht zu versagen war, das Ziel derselben sich durchaus selbständig und anders gestalten, als das zweifache Petitum des Minderbieters. Von einer Gleichstellung der Parteien in den *iudiciis secutoriis* konnte daher nicht die Rede sein.

Man hat viel darüber gestritten, welches der eigentliche Zweck der *fructuum licitatio* gewesen sei; ob für die Dauer des Prozesses einen ruhigen, obrigkeitlich geschirmten Zustand herzustel-

len[157]), oder die Parteirollen im Possessorium festzusetzen[158]), oder die Verübung der *vis* durch die Parteien zu constatiren[159]). Von diesen drei Meinungen wird die letzte jetzt wohl durch Niemand mehr vertreten. Denn die *vis*, wenn sie auch nicht schon in der beiderseitigen Erklärung, den Besitz behaupten zu wollen, lag, musste doch jedenfalls vor Beginn der *fructuum licitatio* vollendet sein. Dagegen erfreut sich die erste Meinung heut zu Tage wohl des meisten Anklangs. In der That war bei beiderseitigem beharrlichen Besitzanspruche eine Entscheidung des Prätors darüber, wer einstweilen zurücktreten sollte, und zum Zweck derselben die Gewinnung irgend eines Anhalts unentbehrlich. Einen solchen Anhalt aber gewährte eben am sichersten und ohne allen Zeitverlust die Licitation d. h. die Feststellung, welche von beiden Parteien für die Richtigkeit ihres Anspruchs das grössere Opfer einzusetzen gewillt war[160]). Daher ist nicht zu zweifeln, dass der Zuschlagsbescheid, welcher nach der Natur der Sache die Versteigerung abschliessen musste[161]), hauptsächlich zur Beruhigung der Parteien und zur Abwendung beiderseitiger Selbsthilfe bestimmt war.

Huschke glaubt nun, dass die *fructuum licitatio* auch bei einseitig behaupteter Störung Statt gefunden und für diese Fälle um desswillen nichts Hartes enthalten habe, weil der Nichtbesitzer sich natürlich hütete, irgend ein Gebot zu thun[162]). Allein sie enthielt für diese Fälle ebensowenig etwas Nützliches. Denn ob der Besitz zwischen den Parteien streitig war, oder nicht, das musste sich doch von vornherein aus den Erklärungen beider ergeben, welche der *fructuum licitatio* unzweifelhaft voraufgingen. Stand also nun fest, dass ein Theil auf den Besitz keinen Anspruch machte, wozu

---

[157]) Bruns Besitz S. 43. Huschke Gaius S. 191. Witte S. 52—53. Bethm.-Hollw. II. § 98. S. 377.

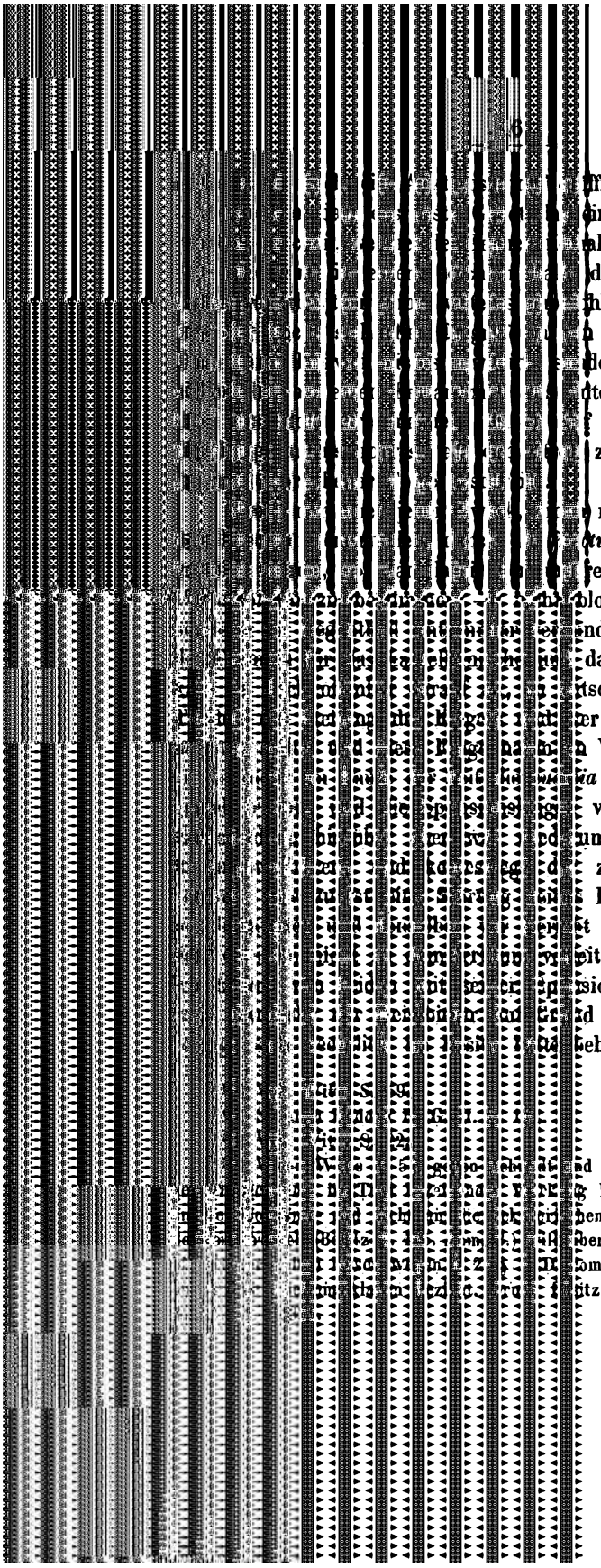
[158]) Schmidt a. a. O. S. 288.

[159]) Keller Zschr. f. g. RW. XI. S. 305 ff. Inst. S. 40.

[160]) „Ein Salomonisches Urtheil". (Ihering Geist III. S. 247. Anm. 337.) Ob diese Licitation aus den Theilungsklagen entlehnt war? (Huschke Gaius S. 192. Schmidt Heidelb. Jahrb. LVI. S. 691.) Schwerlich. Bei diesen vermittelt sie einen ernstlich gemeinten Kauf, im Besitzstreit eine Strafverpflichtung.

[161]) Vgl. Schmidt Interdiktenverf. S. 296. Huschke S. 193. Anm. 200. nimmt sogar eine wirkliche Einführung des Meistbieters in den Besitz an und bezieht darauf l. 52. § 2. D. de acq. poss. XLI. 2. Aehnlich jetzt Rudorff Edictum p. 220 n. 20.

[162]) Huschke Gaius S. 194.



…ffnet werden? Es war ja …inzige bleiben würde, ein …als geltend machen konnte! …der Prätor dem geständ…hlen haben, bis zum Aus… …n Besitz zu enthalten[163]). …dern die *fructuum licitatio* …terdiktsprozesses darstellt, …f den erhaltenen Blättern …zweier Besitzprätendenten

… ruhigen Besitzstand unter …*tuum licitatio* vornehmlich …fe — die Parteirollen im …bloss nicht ausgeschlossen, …nden[164]). Bei Abfassung …das fruktuarische Judizium …tscheiden, wer von beiden …er die des Verklagten ein… …n Wichtigkeit um so mehr …*ia secutoria* in den Vorder… …veralteten[165]). Für die …um allein der Ausfall des …zufällige Umstand mass… …s Besitzes durch den Geg… …t geführt hatte[166]). Nur …eiten, als ob in dem Falle, …sionsklage durchgedrungen …d des ihm ertheilten Zu… …behaupten können. Dieser

…d Rudorff streitet, weil diese …s beilegen, so scheint er nur …den Klagen gedacht zu haben. …berhaupt nur den Provokanten …omm. div. X. 3, die sich doch …tz S. 54. Keller Zschr. f. g

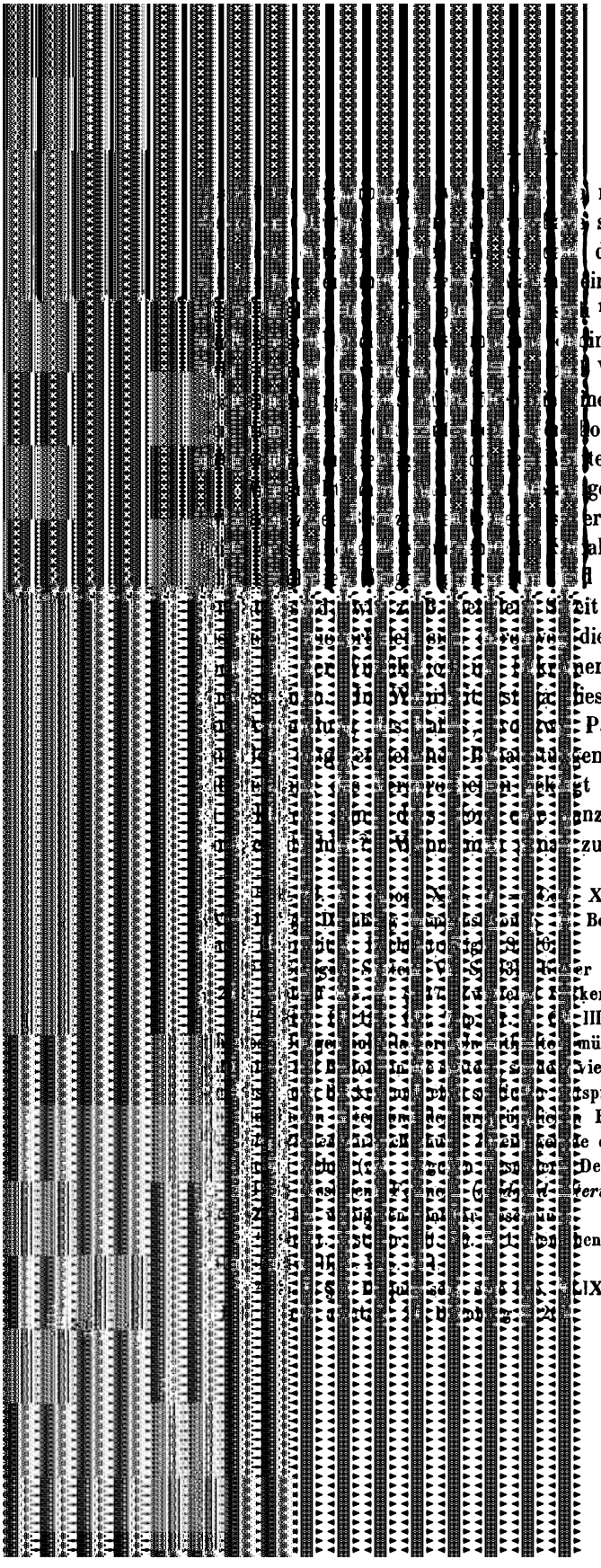
Zuschlag war vielmehr lediglich für die Dauer des Interdiktsprozesses ertheilt. Ging also der letztere resultatlos zu Ende, weil die Voraussetzuugen des Interdikts auf keiner von beiden Seiten sich als vorhanden herausgestellt hatten, so verlor auch jener Interimsbescheid seine Kraft, und es kam lediglich darauf an, wer jetzt zuerst Besitz erlangte und zum Schutz desselben ein Interdikt auswirkte [167]).

Nach alledem ergiebt sich klar, was es im klassischen Recht mit der sogenannten Duplizität des Interdiktsprozesses für eine Bewandtniss hat.

Dass zunächst aus dem Interdikte jede Partei eine Klage erwarb, ist die einfache Folge des in demselben enthaltenen doppelten Befehls und verhielt sich nicht anders, wenn an jede von zwei Parteien ein *interdictum simplex* erlassen war. Dass dann weiter auch beide Klagen gleichzeitig erhoben werden konnten, ist ebenso wenig etwas Besonderes: denn diese Möglichkeit ist nur in gewissen Verhältnissen durch das Vorhandensein eines bestimmten Besitzstandes ausgeschlossen, wie z. B. bei der *rei vindicatio*, trifft dagegen nicht bloss da zu, wo ein bestimmter Besitzstand nicht vorhanden, sondern auch, wo er für das Klagerecht unmassgeblich ist, wie z. B. bei den *actiones negatoria* und *confessoria*, den Präjudizialklagen u. a. m. Wenn aber endlich auch im *iudicium* die Klagen beider Theile zusammen verhandelt wurden, so entstand doch dadurch weder eine vollständige Gleichheit der Parteienstellung, noch eine Einheit des Rechtsstreits; vielmehr blieb jeder in Ansehung des von ihm erhobenen Anspruchs Kläger, in Ansehung des andern Beklagten, und konnte nur in der letzteren, nicht in der ersteren Eigenschaft verurtheilt werden.

So ist denn im Wesentlichen auch diess Verhältniss kein andres, als dasjenige, welches überhaupt durch Erhebung von *mutuae actiones* erzeugt wurde. Bekanntlich wurden schon zur klassischen Zeit Gegenansprüche, die der Beklagte vor der Litiscontestation vorbrachte, zusammen mit der Hauptklage an denselben Richter gewiesen, und dieser konnte dann auch die Verhandlung über beide Klagen gemeinsam stattfinden lassen, gleichviel ob die beiderseitigen Ansprüche aus demselben oder aus verschiedenen Rechts-

[167]) A. M. ist Dernburg in Pözls krit. V. J. Schr. V. S. 521. a. E.



nach der Ansicht Vieler[169])
sogar über beide Ansprüche
dieselben dann miteinander
ine Ansicht, die freilich nicht
[171]) hat. Doch mag man
in gestellt sein lassen, jeden-
Widerklage in so weit ein
ne ohne die andere erkannt,
ondemnatorisch lauteten, die
er compensirt wurden[172]).
gen Prozess mit demjenigen
ergiebt sich zwischen beiden
ald insbesondere die beider-
l auf denselben Gegenstand
eit zwischen zwei Erbschafts-
dieselben Erscheinungen, wie
nentsprozesse und hier beim
ieses letztere überhaupt nur
Parteien über zwei beliebige
en gewettet und dann jede
t haben. Wie sollte es nun
nz andre Art von *iudicium*
zusieht, so sagen die Römer

X. 2. § 5. l. 38 pr. D. mand.
Bethm.-Hollw. II. § 101. S. 465.

r Civ. Pr. Anm. 1133. Pandekten
ker Consumtion S. 122.
III. 17. Wenn diese Stellen wirk-
müsste man deren Anwendung doch
vielmehr in die ältere Zeit verlegen,
tsprechend seiner bekannten Lehre
Einheit der zweiseitigen *bonae*
e die Unwahrscheinlichkeit dieser
Dernburg § 8 und Ihering Geist
terum alteri dare oportet) für die

benef. VI. 4—6. Dernburg S. 258.

IX. 8. l. 6. C. de compens. IV. 31.

diess keineswegs. Sie bezeichnen als *duplex* niemals das aus dem Interdikt sich entwickelnde *iudicium*, sondern immer nur das Interdikt selbst. Darin zeigt sich also deutlich, dass die Duplizität lediglich eine Eigenschaft der Formel bildet, in welcher beide Theile als Impetranten nnd beziehungsweise Impetraten behandelt werden, und dass ihre Bedeutung in keiner Weise auf die *actiones ex interdicto* zu erstrecken ist[173]). Unter solchen Umständen hat man nur die Wahl, den von den Neueren hierher übertragenen Ausdruck *iudicium duplex* entweder in Uebereinstimmung mit den Quellen fallen zu lassen oder aber auf alle Fälle auszudehnen, in welchen Klage und Widerklage zu einem Prozesse verbunden werden. Doch scheint es nicht zweifelhaft, dass der erstere Weg den Vorzug verdient. Jedenfalls war das Prinzip, nach welchem die Klagenverbindung im Besitzprozesse behandelt wurde, kein andres, als das für Klagenverbindungen überhaupt geltende: an der rechtlichen Beurtheilung jeder Einzelklage wurde damit nichts geändert, sondern lediglich der thatsächliche Vortheil erreicht, dass jetzt in einem Termin, durch eine Verhandlung und eine Beweisaufnahme die mehreren Klagen gleichzeitig „vorwärts bewegt" wurden[174]). Eine „Rollenvertheilung" konnte in allen diesen Fällen nur noch etwa insofern vorkommen, als es sich darum handelte, in welcher Reihenfolge beide Theile ihre Vorträge halten, ihre Zeugen vorstellen und überhaupt ihre Prozesshandlungen als Kläger und als Beklagte vornehmen sollten. Hierüber — aber auch nur hierüber — entschied wohl der Umstand, wer sich zuerst als Kläger mit seiner *formula* an den Richter gewendet hatte, eventuell dessen freies Ermessen oder das Loos. In diesem Sinne sind also allerdings die *leges* 13. 14 *D. de iudic.* V. 1. auf die Klagen zweier Besitzprätendenten auszudehnen, aber ebenso gut auch auf jede andere Verbindung von Vor- und Widerklage.

Hiernach ist denn schliesslich auch noch ein vielbesprochener

---

[173]) l. 37 § 1. D. de O. et A. XLIV. 7 zählt freilich die *interdicta ret. poss.* zu den *mixtae actiones*, aber eben auch nur die Interdikte selbst, in so fern dieselben kurz vorher im princ. als Art der *actiones* im weiteren Sinne genannt worden sind. Vgl. l. 43 D. ad leg. Aquil. IX. 2 und l. 3 pr. D. de mort. inf. XI. 8. Vollkommen treffend sagt daher bereits Ad. Schmidt Interd. S. 181: „Aus den *duplicia interdicta* folgen keine *duplicia iudicia*, sondern einfache *actiones*".

[174]) Vgl. Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 69. 70. 88.

uperatorische Wirkung des

e solche Tragweite nur zu
en“ bei, indem er dieselbe
a me possides, superior sum
egriff des *interdictum duplex*
erzeugend damit widerlegt,
beide Theile die nämlichen
meint, der eine Theil den
es Interdikts wieder erhalten
tänden dazu gelangen muss.
n einen Schritt weitergehend
Theile behauptet und auch
er Duplizität abgeleitet[176]).
end beachtet, was schon von
[177]), dass aus der Duplizität
er beiderseitigen Klagrechte,
Inhalt derselben folgt, und
dem Interdikt entspringende
rekuperatorischer Natur ist,
beidend sein kann. In der
neuerdings verneint,[178]) und
etwa geläugnet, sondern nur
ikt auf Grund gegenwärtigen

Ebenso Heimbach in Weiskes R.

§ 336 Anm. 1. I. 4. c. S. 679.
Puchta Inst. § 225. bei Anm. k.
Bethm.-Hollw. II. § 98. S. 375
des Grundsatzes, dass nur der
nn, die Condemnation des vitiö-
n, weil ja nach der Natur des
heilen Kläger und Beklagter zu-
17.
S. 63.
12. und Heidelb. Jahrb. LVI. S.
10. Dernburg in Pözls krit. V.
Zweifelnd Bruns in Bekkers Jahrb.

Besitzes sowohl dem einen, als dem andern Theile zu klagen gestattet.

Erwägt man nun unabhängig von der Duplizität die für und wider die rekuperatorische Funktion vorgebrachten Gründe, so ist zunächst soviel gewiss, dass sich vereinzelte Andeutungen derselben in den Quellen vorfinden: nämlich bei Gaius IV. 166 (*ad se pertinere possessionem*) und in l. 3 pr. D. *uti poss. cit.*[179]). Insbesondere lässt sich das *superior sum* in der letzteren Stelle schlechterdings nicht auf die Freisprechung des Dejektus beschränken, sondern es muss, da beide Theile als klagend vorausgesetzt werden, einen überwiegenden Erfolg desselben d. h. also die Condemnation des Dejizienten auf die gegnerische Sponsionsklage ausdrücken. Es ist aber auch ferner nicht zu läugnen, dass die rekuperatorische Funktion wenigstens unter Umständen durch das praktische Bedürfniss gefordert wird. Denn ohne dieselbe würde in solchen Fällen, wo Störung und Entsetzung schwer gegen einander abzugränzen sind, der das *interdictum retinendae possessionis* Brauchende oft nur desswegen abgewiesen werden müssen, weil er ein schwereres Unrecht erlitten hatte, als er selber behauptete: ein „Formalismus" im Recht, der wenn irgend möglich, vermieden werden muss[180]). Hiernach kann es sich nur noch darum handeln, ob die rekuperatorische Funktion nicht bis zu einem gewissen Grade auch theoretisch zu begründen war. Und das muss in der That behauptet werden.

Die meisten Vertheidiger derselben haben sie bekanntlich dadurch rechtfertigen wollen, dass es der Hauptzweck der Interdikte gewesen sei, das Petitorium vorzubereiten, und dass dieser Zweck nicht anders befriedigend habe erreicht werden können, als durch

[179]) Vgl. Bruns Besitz S. 58. 59. Witte S. 70. Die übrigen von Witte S. 71—74 angeführten Stellen beweisen m. E. nichts. Wohl aber verdient noch l. 1 § 1 D. uti poss. mit Mommsens Verbesserung: *hoc interdictum de eo scriptum est, quem potiorem praetor in soli possessione habeat* etc. Berücksichtigung.

[180]) Vgl. Bruns in Bekkers Jahrb. d. g. m. R. IV. S. 67. Wenn man gewöhnlich nach Savigny (Besitz S. 405) auch noch geltend macht, dass ohne die rekuperatorische Funktion durch das richterliche Urtheil ein Zustand festgestellt werden könne, bei welchem dem Dejektus erlaubt sei, dem besitzenden Dejizienten nach Belieben Gewalt anzuthun, so ist das zwar richtig; aber dieser Zustand besteht doch ebenso auch schon vor dem Interdikt, und seine Unzuträglichkeit kann nicht dafür entscheidend sein, einem Rechtsmittel Funktionen beizulegen, die ihm nicht ohnehin zukommen.

Zulassung der rekuperatorischen Wirkung[181]). Wenn man aber, wie oben geschehn, jene Zweckbestimmung nicht als die hauptsächliche, sondern als eine später hinzugekommene ansieht, so können aus derselben auch keine Folgerungen für die Bedeutung des Interdikts abgeleitet werden.

Andre gründen die rekuperatorische Funktion entweder auf die *possessio plurium in solidum*[182]) oder nach deren Beseitigung auf die Fiktion eines relativen Fortbesitzes, welchen der Dejektus dem Dejiziens gegenüber habe[183]). Allein auch diese Erklärungen sind nicht befriedigend. Von dem Gesammtbesitz Mehrerer lässt sich nun ein Mal nicht sagen, wie weit er Anerkennung fand und zu Folgesätzen entwickelt wurde[184]); und jedenfalls würde damit die rekuperatorische Funktion nur für eine bestimmte Zeit und Lehre gerechtfertigt sein. Gegen die Annahme jener Fiktion aber spricht, dass dieselbe in solcher Allgemeinheit doch überaus auffallend sein und sich weit über das praktische Bedürfniss hinauserstrecken würde. Es müsste darnach jedem Dejektus ohne Zeitbeschränkung freistehn, „die Besitzhandlungen des Dejizienten als blosse Störungen seines fortgesetzten Besitzes anzusehn!“[185]) Doch mit Recht fragt Dernburg dagegen: „Wie in aller Welt soll eine solche Sponsion (*si adversus edictum praetoris possidenti mihi nec vi nec clam nec precario a te vis facta est*) einem Nichtbesitzer zu Gute kommen? Und mit nicht minderem Recht hat Ad. Schmidt wiederholt geltend gemacht, dass die Worte *uti n. v. n. c. n. p. alter ab altero possidetis* nicht gleichbedeutend sein können mit: *uti possidetis possideretisve si neuter vestrum aut vi aut clam aut precario ab altero possideret etc.*[186]) Wenn der vitiös verlorene Besitz dem Dejizienten gegenüber schlechthin als fortbestehend fingirt worden wäre, so würden sich darüber bestimmtere Aeusserungen in den Pandektenfragmenten oder doch bei Gaius und Paullus finden.[187])

[181]) So besond. Witte S. 65—69. Vgl. Keller Zschr. f. g. R. W. XI. S. 321 ff.

[182]) Z. B. Baron Gesammtrechtsverh. S. 90—108.

[183]) Besonders Rudorff zu Sav. Besitz Zus. 137.

[184]) Darüber Bruns in Bekkers Jahrb. IV S. 44. Baron a. a. O. Dernburg a. a. O. S. 520.

[185]) Witte S. 67.

[186]) Ad. Schmidt Interd. S, 115.

[187]) Gai IV. 150. Paull S. R. V. 6 § 1: *interdicta per quae eam possessionem quam iam habemus retinere volumus.*

Vielleicht lässt sich eine beschränkte Geltung der rekuperatorischen Funktion aus der schon oben ausgesprochenen Vermuthung entnehmen, wonach *post interdictum redditum* noch eine formale *vis* von beiden Seiten vorgenommen zu werden pflegte. Es ist bekannt, welchen „*favor retinendae possessionis*“ die klassischen Juristen namentlich in der spätern Zeit entfaltet, wie oft sie *utilitatis causa* den Besitz als fortdauernd behandelt haben, wo er seinem natürlichen Begriff nach hätte verloren sein müssen.[188]) Mittelst dieser Anschauung nun wurde es möglich, auch bei demjenigen, welcher strenggenommen schon zur Zeit des Interdiktserlasses dejizirt erschien, jene Solemnitätshandlung als letzten Besitzakt und die Abweisung desselben als die eigentliche Dejektion zu betrachten: und damit war dem *interdictum uti poss.* thatsächlich eine rekuperatorische Kraft wenigstens für solche Fälle verschafft, wo wegen des zweifelhaften Charakters der Besitzverletzung die sofortige Anwendung eines *interdictum recuperandae possessionis* nicht rathsam gewesen wäre[189]). Zugleich aber würde auf diese Weise weder die materielle Anomalie entstehn, dass ein Dejektus als relativer Besitzer angesehn werden muss, noch auch die formelle, dass eine Einrede zur Verurtheilung des Klägers führen kann[190]).

§ 6.

Die Wirkungen der Duplizität bei den übrigen Interdikten.

In analoger Weise wurden die bisher entwickelten Regeln auch auf die übrigen *interdicta duplicia* zur Anwendung gebracht. So vor allem auf das *interdictum utrubi.*

Nach Erlass desselben konnte jeder von beiden Theilen, wenn er sich in der Beherrschung des Sklaven oder sonstigen Gegenstandes von dem andern beeinträchtigt fand, gegen diesen stipuliren

---

[188]) l. 3 §§ 7. 8. l. 6 § 1. l. 7 l. 25 § 1. l. 46 D. de acq. poss. XLI. 2 l. 17 D. de vi XLIII. 16 Bruns a. a. O. S. 39ff.

[189]) Vgl. z. B. l. 1 § 29 D. de vi. XLIII. 16. l. 9 pr. D. quod metus IV. 2.

[190]) Diess lehrt wieder Bethm.-Hollw. II. § 98 S. 375.

und klagen, und sofern beide Theile von diesem Rechte Gebrauch machten, entstand auch hier eine Verbindung von Klage und Widerklage.

Ob auch bei diesem Interdikt vor dem Sponsionsverfahren eine der *fructuum licitatio* ähnliche Verhandlung stattfand, ist uns nicht überliefert. Keller hat es behauptet, indem er ausführte, gleich wie beim *interdictum uti possidetis* durch die Steigerung, so habe hier durch eine gegen die *Ductio* gerichtete *vis* der Verstoss wider das Interdikt festgestellt werden müssen[191]). Allein diese Ausführung fällt mit der allgemeinen Ansicht Kellers über die *vis* und deren Verübung durch das Bieten zusammen. Den wahren Zweck der *fructuum licitatio* bildete ja vielmehr, wie oben gesagt, die Herstellung eines ruhigen Interimsbesitzes; und zur Erreichung dieses Zwecks war bei beweglichen Sachen eine entsprechende Verhandlung gar nicht von Nöthen. Denn da bei solchen der augenblickliche Inhaber gewöhnlich ausser Streit ist, oder sich doch ohne Schwierigkeit ermitteln lässt, so machte es sich hier gleichsam von selbst, dass dieser die Sache vorläufig in Händen behielt, bis ihm etwa im *iudicium* der Besitz aberkannt wurde[192]). Was dagegen die Feststellung der Gewalt betrifft, so mag zu diesem Zweck allerdings ebenso, wie es oben beim *interdictum uti possidetis* vermuthet worden ist, noch eine Solennitätshandlung üblich gewesen sein: nur dass dieselbe ebensowohl später, als gegen die vom Prätor verfügte *ductio* vorgenommen werden konnte. Wäre sie nur gegen die letztere gestattet gewesen, so hätte ja das ganze Verfahren niemals anders, als im unmittelbaren Anschluss an den Interdiktserlass erfolgen können. Uebrigens unterliegt es kaum einem Zweifel, dass auch hier mit dem Sponsionsverfahren eine *actio secutoria* verbunden werden konnte.

Noch genauer, als das *interdictum utrubi* schlossen sich wohl die *interdicta uti possidetis utilia* in ihrer prozessualischen Entwickelung an das *directum* an.

Wenn zwei Parteien ein zum Schutz eines Rechtsbesitzes gegebenes *interdictum uti possidetis utile* gegen einander auswirkten, wie z. B. zwei Prätendenten des Niessbrauchs[193]) oder der Super-

---

191) Zschr. f. g. RW. XI. S. 319.

192) Vgl. statt Aller Witte Interd. 5. 55.

193) l. 4 D. uti poss. XLIII. 17. Vgl. dazu Rudorff Edictum p. 221.

fizies, so waren *fructuum licitatio, sponsiones* und *iudicia secutoria* ganz ebenso am Platze, wie beim Streit zwischen zwei Sachbesitzern. Die Anwendung derselben hatte auch um so weniger Anstand, als wie bereits Rudorff nachgewiesen hat, auch der Ausdruck *fructus* von den Früchten eines *ius in re* gebraucht wurde[194]). Ja sogar ein ausdrückliches Zeugniss für die gleiche prozessualische Behandlung des *directum* und des *utile interdictum* hat man in Ulpians Worten in der l. 1 § 2 D. de superf. XLIII. 18 zu entdecken geglaubt[195]).

Was von den *interdicta uti possidetis utilia* gilt, wird analog auch auf die andern zum Schutze eines Rechtsbesitzes gegebenen *interdicta*, sofern dieselben im einzelnen Falle als *duplicia* erlassen waren, (*de aqua etc.*) übertragen worden sein, obwohl es für diese Annahme an jedem äussern Anhalt gebricht.

Höchst zweifelhaft dagegen sind die Fälle, in welchen zwei Prätendenten verschiedener Rechte an derselben Sache, insbesondere ein Sachbesitzer und ein solcher, der nur Detention und *iuris quasi possessio* beanspruchte, wie z. B. ein *dominus* einerseits und ein Usufruktuar oder Superfiziar andrerseits einander gegenübertraten.

Diejenigen Juristen, welche voraussetzen, in solchen Fällen habe der Prätor aus dem *directum* und dem *utile interdictum* ein einheitliches zusammengestellt, nehmen folgerecht an, dass auch hier in einer *fructuum licitatio* von beiden Theilen — und zwar von jedem auf etwas Verschiedenes! — geboten, dass dann das gewöhnliche Sponsionsverfahren eingeleitet und gegen den *vitiose ab altero possidens* beziehentlich *fruens* auch eine rekuperatorische Wirkung erzielt worden sei[196]). Allein die ganze Annahme von der Verbindung der beiden verschiedenen Interdikte zu einem doppelten (eigentlich vierfachen) ist bereits oben S. 32. 33. verworfen worden, und damit fällt denn von selbst auch die unmittelbare Uebertragung des prozessualischen Verlaufs hinweg. Vielmehr ist nach dem oben Entwickelten etwa Folgendes anzunehmen.

Gegenüber der Klage aus dem *interdictum uti possidetis* des *corporis possessor* waren der Superfiziar, Usufruktuar u. s. w. auf

---

194) l. 19. D. de usur. XXII. 1. Rud. Zschr. f. g. R. W. XI S. 354.

195) Vgl. Rudorff a. a. O. Schmidt Interd. S. 297. Witte S. 117.

196) S. namentlich Witte S. 116 ff.

Grund ihrer *iuris quasi possessio* weder *ipso iure* (durch Verneinung der *vis contra edictum* in den Gränzen ihres Rechtsbesitzes) noch *per exceptionem* geschützt. Sondern wenn ein solcher seinen Rechtsbesitz trotz des erlassenen *interdictum uti possidetis* aufrecht erhielt, so provozirte der Sachbesitzer auf gerichtliches Verfahren, bekam ohne Auktionskampf sofort den Interimsbesitz und erlangte schliesslich auf seine *actio ex sponsione* die Verurtheilung des Gegners, allenfalls gegen Stellung einer Caution von seiner Seite für den Fall einer späteren Gegenklage[197]). Zur Vermeidung dieser Folgen war dem *iuris quasi possessor* kein andrer Weg eröffnet, als auf den Erlass des Sachbesitzinterdikts sich einstweilen der Ausübung seines Rechts zu enthalten, — etwa unter sofortiger Erbittung einer Caution — und dann zu seinem Schutz das *interdictum utile* auszuwirken. Nach dessen Erlass aber kehrten sich die Rollen um. Der Rechtsbesitzer ergriff nun die Offensive gegen den Sachbesitzer und erlangte mittelst seiner Sponsionsklage und der entsprechenden *actio secutoria* eine Strafsumme, Wiederherstellung seines Rechtsbesitzes und ausserdem mit Hilfe der Caution, wenn er im Vorprozess verurtheilt worden war, Ersatz des Geleisteten. Auf solche Weise war durch zwei getrennte *iudicia* der Streit zwischen Sach- und Rechtsbesitzer beigelegt.

Inzwischen war es auch ebensowohl möglich, dass das *interdictum utile* schon erlassen wurde, ehe der sich aus dem *directum* entwickelnde Prozess abgelaufen war oder auch nur begonnen hatte. Wenn nun in einem solchen Falle der *iuris quasi possessor* sein Recht auszuüben versuchte, und dabei von dem Sachbesitzer Widerstand erfuhr, so erblickte natürlich Jeder in dem Verfahren des andern einen Angriff auf seinen Besitzstand und erhob aus dem zu seinem Schutz erlassenen Interdikt wider den andern die Sponsionsklage. Dann aber wurden unzweifelhaft die beiden Klagen zusammen an einen und denselben Richter gewiesen, und so entstand dann auch hier eine Verbindung von Klage und Widerklage: nur dass man dieselbe weder als *iudicium duplex* charakterisiren, noch auf ein für beide Theile einheitlich gefasstes Interdikt zurückführen darf. Stellte sich dabei heraus, dass jeder von beiden Theilen den angegebenen Besitz wirklich hatte, so stand zwar dem *iudex* auch hier nicht die Macht zu, die Klage des Sachbesitzers,

[197]) S. darüber Degenkolb Platzrecht S. 68. 69.

die an sich begründet war, abzuweisen; es mussten also streng genommen beide Theile *sponsione* condemnirt und *restipulatione* absolvirt werden. Allein nach Analogie der in l. 22 § 2 D. quod vi aut clam XLIII. 24 gegebenen Entscheidung zu schliessen, wurde der Ausweg dadurch gefunden, dass der *iudex* gegen den Sachbesitzer zunächst auf Einwilligung in eine Freisprechung des Gegners von der Sponsionsklage arbitrirte, und eventuell, wenn derselbe sich dazu nicht bereit finden liess, ihn wegen unterlassener Restitution an den Gegner zu so viel verurtheilte, dass damit die Condemnation des letzteren zur Zahlung der Sponsionssumme ausgeglichen wurde[198]).

Ganz in derselben Weise wie beim Streit zwischen einem *corporis possessor* und einem Rechtsbesitzer mit dem Anspruch auf Sachdetention dürfte auch in den Fällen verfahren worden sein, wo eine Collision zwischen solchen Statt fand, von denen der eine nur *iuris quasi possessio* ohne Sachdetention (z. B. an einer Prädial-Servitut) und der andre entweder Sachbesitz oder ebenfalls Rechtsbesitz aber mit Sachdetention (z. B. aus einem Ususfruktus) beanspruchte. Gegen diese Analogie darf man nicht einwenden, dass hier eins der beiden Interdikte von vornherein als *simplex* gefasst war. Denn auch in den unmittelbar vorher behandelten Fällen wurde ja aus dem *interdictum duplex* immer nur für den einen Theil eine Klage abgeleitet, und also die Duplizität in keiner Weise praktisch verwerthet. In der Sache selbst aber lag dort ganz dasselbe Verhältniss vor, wie hier: eine und dieselbe Befugniss von zwei Personen auf Grund verschiedener Interdikte als ihr Recht beansprucht. So war denn also auch hier das *iudicium* nicht mehr und nicht weniger „zweiseitig", als beim gewöhnlichen Besitzstreit[199]).

Schliesslich muss aber noch einen Schritt weiter gegangen, und behauptet werden, dass auch in solchen Fällen, wo zwei Personen Interdikte gegen einander auswirkten, die sich auf verschiedene Objekte bezogen, oder die gar nicht zum Schutz eines gegenwärtigen Zustandes, sondern zur Wiederherstellung eines widerrechtlich aufgehobenen dienten, und die niemals als *duplicia* gefasst wurden, — dennoch die Klagen des einen und des andern Theils zu einem *iudicium* verbunden zu werden pflegten. Ausdrücklich er-

198) Degenkolb a. a. O. S. 69. Vgl. Witte 20. 21.

199) Dawider ausdrücklich Witte V. 142.

wähnte Beispiele davon bieten die schon mehrfach benutzten *leges* 3 § 6 D. uti poss. XLIII. 17, wo der eine Theil *uti possidetis eum locum*, der andre *uti possidetis eas aedes*, und 22 § 2 D. quod vi aut clam XLIII. 24, wo jeder von beiden aus dem *interdictum quod vi aut clam* klagt. Und ebenso wie hier, wurde gewiss auch dann verfahren, wenn gegenseitige Dejectionen vorgekommen waren, und Beide das *interdictum unde vi* gebrauchten, oder wenn zwei *bonorum possessores* wegen derselben Erbschaft aus dem *interdictum quorum bonorum* wider einander klagten.

Wer nun aus der *controversia de possessione* ein *„iudicium duplex"* hervorgehn lässt, der muss es nothwendig auch hier thun. Gleichwohl wird von Prozessen der letzteren Art niemals anders, als von Verbindungen zwischen Klage und Widerklage gesprochen[200]). Das ist aber nur ein neuer Beweis, wie wenig es gerechtfertigt ist, denselben jene andern Fälle als etwas spezifisch Verschiedenes gegenüber zu stellen.

§ 7.

Die Besitzklagen in justinianeischen und im heutigen gemeinen deutschen Recht.

Es ist bekannt, welche Veränderung mit dem Wegfall des klassischen Prozessverfahrens auch in Beziehung auf die Interdikte eintrat.

Seit Diokletian wurden Interdikte anfangs vielleicht noch in vereinzelten Fällen, bald aber gar nicht mehr erlassen[201]). Vielmehr genoss jeder fortan von vornherein denselben Schutz, den er früher erst kraft des von ihm erwirkten Spezialbefehls erlangt hatte; und die Verwirklichung dieses Schutzes erfolgte nicht mehr durch Vermittelung von Sponsionen, sondern direkt durch eine Klage.

Das sind die Grundsätze, nach denen auch die Stellung des Besitzers im Prinzip bestimmt war. Derselbe hatte nunmehr gegen jeden, der sein Besitzrecht verletzte, — und zwar ohne ferneren Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, —

[200]) Vgl. z. B. Keller Civ. Pr. § 50 Anm. 590. § 58 Anm. 693. (*calumniae iudicium*).

[201]) Symm. Ep. X. 48. l. 1. C. Th. unde vi IV. 22. Bethm.-Hollw. III. § 163. S. 346. Schmidt Interd. S. 336.

eine gewöhnliche Klage auf Schutz im Besitze (*actio utilis ex causa interdicti*,[202]) welche in der Hauptsache der sekutorischen Restitutionsklage des älteren Rechts entspricht. „Das Verhältniss war jetzt dasselbe, als wenn im Prätorischen Edikt gestanden hätte *si quis possidenti vim fecerit, iudicium dabo*“[203]).

Die Prozessformen, in welchen diese Klage verhandelt wurde, waren natürlich diejenigen der neueren *cognitiones* überhaupt, höchstens mit der Eigenthümlichkeit, dass der Richter für eine gewisse Beschleunigung Sorge tragen sollte[204]). Damit war also auch die alte *fructuum licitatio* nebst dem *iudicium fructuarium* beseitigt, und es ist nicht überliefert, dass an ihrer Statt auf eine andre Weise der Interimsbesitz gerichtlich festgesetzt worden wäre. Es mag eben den Parteien überlassen geblieben sein, ihren gegenwärtigen Besitz bis zum Erlass des Urtheils nach Kräften zu behaupten. Was dagegen das materielle Recht betrifft, so blieb wie für alle Interdiktssachen, so insbesondere auch für Besitzstreitigkeiten der Inhalt der alten Formeln und dessen hergebrachte Auslegung unverändert massgebend, wie dies durch die mannigfachen Wendungen der Gesetze „*agere ad exemplum interdictorum*“ *etc.* ausgedrückt ist[205]).

Daraus ergiebt sich, dass auch im neuesten und heutigen Römischen Recht die Klage aus dem Besitz ebenso wohl gegen jeden willkürlichen Störer, als gegen denjenigen, welcher sich selbst den Besitz anmasst, zu erheben ist, — dass ferner einer solchen Klage gegenüber auch der Gegner gleichzeitig aus eigenem Besitze klagen kann, — dass die Fehlerhaftigkeit des Besitzes nach wie vor den Klageanspruch gegen den vitiös Entsetzten ausschliesst — und dass das Ziel der Klage, wie früher mittelbar, so jetzt von vornherein in der Anerkennung des Besitzes und dem Ersatz des Interesses besteht.

Ueber diese Sätze ist man auch durchweg einig. Dagegen wird nun in einigen besonderen Punkten darüber gestritten, ob und inwieweit das Justinianeische Recht vom klassischen abweiche.

Und zwar gehört dahin zunächst die Frage nach der Beschaffenheit der zur Klage berechtigenden Verletzung.

---

[202]) § 8. J. de interd. IV. 15.

[203]) Bruns Besitz S. 51. Schmidt a. a. O. S. 328.

[204]) Schmidt S. 349 Bethm.-Hollw. III. S. 348.

[205]) L. 3. C. de interd. VIII. 1. Vgl. überhaupt Schmidt S. 322—328.

Wie oben angenommen worden ist, war zur klassischen Zeit behufs Vorbereitung der Strafsponsionsklagen noch eine *vis ex conventu* üblich. Davon kann für das Justinianeische Recht nicht mehr die Rede sein. Vielmehr muss nach diesem die von dem Gegner abgegebene Erklärung, dass er selbst besitze und sich im Besitze behaupten werde, unbedenklich als genügende Veranlassung zur Klaganstellung gelten.[206]) Entscheidend hierfür ist einmal, dass die symbolischen Handlungen des klassischen Rechts bei Justinian überhaupt hinweggefallen sind, sodann dass jenes Erforderniss einer thatsächlichen *vis* nach Beseitigung der Sponsionsstrafen jeden inneren Grund verloren hat, und endlich, dass in den Justinianeischen Rechtsbüchern bei Darstellung der *controversia de possessione* von einer besondern *vis adversus edictum* mit keinem Worte die Rede ist.

Vgl. l. 1 § 3 D. uti poss. XLIII. 17: *sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat etc.* § 4 J. de interd. IV. 15. . . *cum quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui.* — — *Sed interdicto quidem uti poss. de fundi possessione contenditur; . . . ut ille vincat, . . qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet.*

Natürlich wäre auch dem Wortlaut des Interdikts *(vim fieri veto)* zu genügen gewesen, wenn die Parteien, wie Schmidt[207]) schon für das klassische Recht annimmt, vereinbart hätten, die verübte *vis* sich im Prozesse zuzugestehen. Indessen sieht eine derartige strenge Beobachtung der alten Formeln dem Zeitalter Justinians zu wenig ähnlich, als dass man an die Nothwendigkeit eines solchen Zugeständnisses glauben sollte. Lässt man auch diese fallen, so ergiebt sich, dass die Besitzklage im Justinianeischen Recht als reine Anerkennungsklage erhoben werden kann, unabhängig von einer vorangegangenen Rechtsverletzung und lediglich behufs Feststellung eines vom Gegner streitig gemachten Rechtsverhältnisses: wie solche Klagen anderweit ja sowohl im Sachen-[208]) als im

[206]) So auch Witte S. 127. Bethm.-Hollw. II. § 98. S. 374. u. a. m.

[207]) Interd. S. 55.

[208]) L. 5. §. 6. D. si usfr. VII. 6. l. 14. pr. D. si serv. vind. VIII. 5. A. M. Hesse in Jahrb. f. Dogm. VIII. S. 122 ff.

Obligationenrecht[209]) zugelassen sind. Freilich ist es unrömisch, diese Klagen als *praeiudicia* zu bezeichnen[210]), weil auf sie niemals die für die letzteren charakteristische Formel angewendet worden ist[211]). Wohl aber ist es ganz angemessen, sie nach Wegfall der Formeln mit jenen Ansprüchen zusammen zu stellen, welche früher durch *praeiudicia* verfolgt wurden. Denn das Wesen beider besteht darin, dass nicht vom Gegner die Erfüllung einer Rechtspflicht, sondern vom Richter die Feststellung eines Verhältnisses dem Gegner gegenüber verlangt wird[212]).

Wenn nun schon nach Römischem Recht die Besitzklage wegen einer blos wörtlichen Anmassung zu gestatten ist, so ist sie heut zu Tage in dieser Anwendung vollends unentbehrlich. Allerdings herrscht darüber unter den älteren Juristen keineswegs Uebereinstimmung, denn während bekanntlich Manche von jeher bei *possessio litigiosa* das Interdikt auch ohne alle *vis* gewährten und Viele sogar für das *summariissimum* eine bloss wörtliche Störung als genügend ansahen[213]), haben andre in Theorie und Praxis bis auf die neuere Zeit allemal eine *vis turbativa* oder *inquietativa* und zum *summariissimum* insbesondere die dringende Besorgniss eines Ausbruchs von Gewaltthätigkeiten gefordert[214]). Indessen bricht sich jetzt gegenwärtig mehr und mehr die Ueberzeugung Bahn, dass dem praktischen Bedürfniss nur durch Zulassung der Besitzklagen schon wegen blosser beiderseitiger Behauptung des Besitzes zu entsprechen ist[215]). Man denke dabei nur an die von Ihering theils aus den Quellen, theils aus der Praxis zusammen gestellten Fälle, wo z. B. der Besitz unter einer Bedingung eingeräumt, und nun zwischen beiden Theilen Streit ist, ob die Bedingung in Erfüllung

---

[209]) Darüber s. Bähr die Anerkennung § 69 S. 316. Arndts Lehrb. d. Pand. § 97. Anm. 5. Windscheid Pand. § 45. Anm. 8. und die daselbst Citirten.

[210]) Windscheid die Actio S. 18.

[211]) S. besonders O. Bülow de praeiudicialibus formulis p. 6. 7. 31.

[212]) O. Bülow a. a. O. p. 31. u. die Anm. 209. Citirten.

[213]) So nach Paulus de Castro und Carpzov die meisten Theoretiker des 18. Jahrhunderts. Bruns Besitz S. 397.

[214]) Ausser den bei Bruns a. a. O. citirten Aelteren (Böhmer u. s. w.) namentlich Savigny Besitz S. 526. S. auch d. Erkenntnisse des O. Tr. zu Stuttgart v. 1843 u. 1849 bei Seuff. Arch. IV. 121. u. des O. Tr. zu Berlin in Striethorst Archiv für Rechtsfälle XII. S. 164ff.

[215]) S. Vorzüglich Ihering in den Jahrb. f. Dogm. IX. S. 180. Albert

de acq. poss. XLI. 2.) oder
lche von zwei Personen ein
! Was hätte es in solchen
g der Klage noch eine thät-
hlt es ohne diese etwa an
hr besteht dasselbe für ihn
egner aberkannt zu sehn, da-
andlungen vornehmen könne.
in der Weise denkbar, dass
ng beim Richter beide eine
beantragen[217]). Denn auch
erung vor, die andre sofort
zerin gelten zu lassen, und
eine Klage auf Anerkennung

er Klage muss nun aber noch
hauptet werden, dass das Be-
störungen, welche gar keine
, im weitesten Umfang zu-
n dieselben durch thätliche,
che Eingriffe verübt werden.
ngs von hervorragenden Ge-
, indem z. B. Ad. Schmidt[218])
be jedwede Besitzstörung als
Wegfall dagegen genüge nur
echtlicher Nachtheil für den

Interd. uti poss. S. 18. Bayer
. W. H. Puchta über gerichtl.
Seuff. Arch. VII. 41. zu 1. u. 2.
gen Vangerow I. S. 675. Holz-
dlich Bruns in Holtzendorffs En-

wo auch der Fall erwähnt wird,
uf dem Nachlassgrundstück ein-
sitz ergriffen habe. Ferner l. 33.
e usuc. XLI. 3.
vgl. Ihering S. 18.

Besitzer verknüpft sei; das heisst, wie Witte[219]) hinzufügt, nur ein thatsächlicher Eingriff. Allein beide Beschränkungen sind zu verwerfen. Was die erste betrifft, so ist schon an sich unglaublich, dass mit dem Wegfall der Sponsionen eine so erhebliche Aenderung in der Verfolgbarkeit der Besitzstörungen eingetreten sein sollte, wie Schmidt voraussetzt. Sodann aber ist zu erwägen, dass von jeher als Besitzstörung nicht jede *vis* gegen einen Besitzer, sondern nur eine solche galt, welche dessen Herrschaft über die Sache beeinträchtigte[220]), eine derartige Handlung aber immer zugleich einen vermögensrechtlichen Nachtheil für den Besitzer in sich schliesst und somit eine Klage auf das Interesse möglich macht. Allerdings mag zur klassischen Zeit, so lange die Sponsionsstrafen wirklich entrichtet wurden, diese Klage auf *quanti ea res est* in den Hintergrund getreten, und in leichteren Störungsfällen das Interesse durch die Strafsummen mit gedeckt worden sein[221]). Indessen in demselben Masse, als die Sponsionen an Bedeutung verloren und einen rein präjudiziellen Charakter annahmen, musste die Restitutionsklage mehr und mehr als der Mittelpunkt des ganzen Streits erscheinen[222]); und so ist denn für das Justinianeische Recht nicht zu zweifeln, dass in allen Fällen einer Störung, in welchen früher stipulirt und auf die Strafsumme geklagt werden konnte, nunmehr die Klage auf *quanti res est* zu richten und dieses Interesse in der Sicherstellung des Besitzes und dem Werthe der Ungestörtheit desselben zu finden war[223]). In demselben Sinne wird auch in der heutigen Praxis erkannt[224]), nur, dass dieselbe

---

[219]) Interd. uti poss. S. 122. 138. a. E.

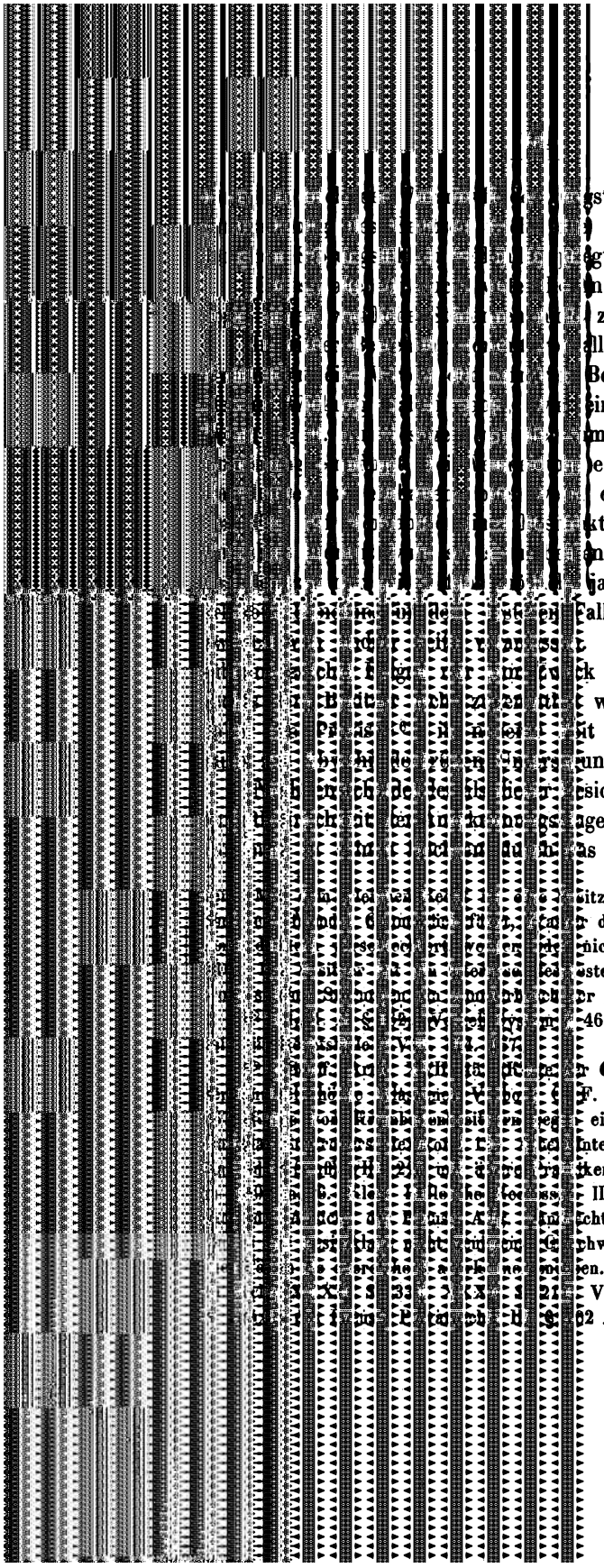
[220]) S. besonders Bruns Besitz S. 49. 53. Darum kann ich z. B. trotz Schmidt nicht glauben, dass in dem Beispiel der Spektakulanten der Richter gesagt haben würde: *vim fecistis, quominus ille possideret.*

[221]) Für die Zeit der *legis actiones* nimmt Schmidt mit gutem Grunde an, dass ein Ersatzanspruch neben den Sponsionsstrafen überhaupt nicht bestanden habe. Interd. S. 318. Witte erklärt diess zwar für undenkbar (S. 14); aber an einer andern Stelle sagt er selbst (S. 118) dass ursprünglich wohl der in seinem Besitz Verletzte mit der Strafsumme abgefunden gewesen sei.

[222]) Vgl. Witte S. 22. 23.

[223]) *Quanti unius cuiusque interest possessionem retinere.* l. 3. § 11. D. uti poss. XLIII. 17.

[224]) Seuff. Arch. VIII. 49. Hier hatte der Beklagte den Garten des Klägers nur zu dem Zweck betreten, um seine dahin entflogenen Bienen einzufan-



sten Reichsabschieds mit der
Straffestsetzung für jeden
gt[225]).
nwendbarkeit der Besitzklage
zu bestreiten.
llem in Betracht, dass unter
Besitzausübung durchaus die
ine thätliche Verhinderung.
m vorgesetzten Behörde die
einer Strafe, sich gewisser
er von einem Nachbar für
kts mit der Verübung eines
n Fällen die Aufrechthaltung
ja sie würde sogar eine un-
Falle selbst enthalten, in dem
Offenbar kann die Herbei-
k der Erwerbung eines Klage-
werden; und mit Recht hat
it wiederholt die Besitzklage
ungen gestattet.
sichtspunkt ist die praktische
ge überhaupt. Es giebt Fälle,
as blosse Bestreiten derselben

itzklage begründet, wenn Jemand
r darauf ausgiesst u. s. w., mag
nicht. Vgl. Strieth. Arch. XXIX.
stellt zu sehen, dass sein Besitz
r geblieben sei.
46. Anm. 44. Vgl. Striethorst Ar-

r Gemeindeglieder gegen ein von
F. Koch die Lehre vom Besitz S.
eine Magistratsverfügung). Vgl.
nterd. § 39. Ihering a. a. O. S. 80.
ker, z. B. Leyser Meditt. ad. Pand.
III. S. 191. Darum sollten auch
chts Verbote und Drohungen als
hwohl hat die Praxis sie in man-
en. Entscheidungen des Ob. Trib.
Vgl. überhaupt Förster Theorie
02 Anm. 45.

von Seiten eines Dritten auf's äusserste geschädigt wird: so z. B. wenn Jemand im Begriff steht, seine Sache zu veräussern, zu vermiethen oder dergl., der Mitcontrahent aber, weil ein Dritter jenem den Besitz bestreitet, nicht eher abschliessen zu wollen erklärt, als bis diesem Dritten gegenüber der Besitz festgestellt sei, — oder wenn einem wegen unbefugter Besitzhandlungen Denunzirten vom Strafrichter aufgegeben wird, behufs seiner Rechtfertigung seinen Besitz binnen einer bestimmten Frist dem Denunzianten gegenüber durch das Civilgericht rechtskräftig feststellen zu lassen, u. dergl. mehr[227]). In solchen Fällen ist die Diffamationsklage nicht zu gebrauchen, insofern der Dritte sich keiner eigenen Ansprüche berühmt hat. Dagegen gewährt bekanntlich für gewisse Verhältnisse schon das geschriebene gemeine Recht gegen wörtliche Verletzungen eine Abhilfe z. B. für Servitutrechte[228]). Diese Abhilfe nun muss nach dem Vorgang der neueren Praxis und Gesetzgebung[229]) verallgemeinert, und demgemäss auch dem Besitzer lediglich zur Feststellung seines Besitzes, sofern er ein Interesse daran hat, eine Klage gestattet werden[230]).

Der zweite Punkt, in welchem das Verhältniss des Justinianeischen Rechts zum klassischen zweifelhaft erscheint, ist die rekuperatorische Wirkung des *interdictum uti possidetis.*

Man könnte versucht sein, eine solche ohne weiteres damit zu begründen, dass ja im klassischen Rechte eine nach dem Erlass jenes Interdikts erlittene Dejektion unzweifelhaft um so viel mehr zur Klage berechtigte, und seit Diokletian eine Besitzverletzung gewissermassen immer *post interdictum redditum* eintritt. Allein

---

[227]) S. den Fall aus der Praxis des Preuss. Obertribunals in dessen Entsch. XXXV. 21—24. Ein Fall, in dem ein Verkaufsgeschäft durch die Einsprache eines Dritten vereitelt wurde, bei Seuff. Arch. IX. 25.

[228]) S. oben Anm. 208. Auch Seuff. Arch. I. 324.

[229]) S. z. B. Badische Prozessordnung § 256. Grossherzogl. Hess. Entwurf Art. 333. Kurhess. Gesetz v. 28. Oct. 1863 § 33. Entw. einer Prozessordnung für den Norddeutschen Bund § 179. und die sonstigen Nachweise aus Literatur und Praxis bei Windscheid Lehrb. I. § 45. Anm. 8.

[230]) Auch schon Aeltere wollten diess. So namentlich ausser dem von Ihering angeführten Lauterbach Coll. theor. pract. 43, 17. § 8. noch Hommel rhaps. I. obs. 178. No. 3. *Si reus dixerit: „nego me turbasse, nego etiam te possidere", atque tantum posterius probaverit petitor, reo ne amplius turbet, iniungitur, quoniam verbis turbavit. Adeoque multum interest, utrum negando reus an nesciendo responderit, quoniam qui negat, certo verbis turbat.*

dieser Herleitung steht entgegen, dass dem Zeitpunkt des prätorischen Interdiktserlasses im Justinianeischen Recht vielmehr derjenige der Klaganstellung entspricht, und dass auch ganz ausdrücklich das Vorhandensein des Besitzes in diesem Augenblick als Erforderniss der Interdiktsklage bezeichnet wird.

§ 4 I. de interd. IV. 15. *ut ille vincat, — — qui possessionem n. v. n. c. n. p. ab adversario litis contestationis tempore detinet.*

Prüft man nun die sonstigen in Betracht kommenden Gründe, so kehren die Bedenken gegen die Annahme einer rekuperatorischen Funktion, welche schon für das klassische Recht bestanden, für das Justinianeische in noch verstärktem Masse wieder.

Im klassischen Recht war, wie oben gesagt ist, vielleicht noch *post interdictum redditum* die beiderseitige Vornahme einer *vis* üblich und damit die Möglichkeit gegeben, die Behauptung des Besitzes für den eigentlich Dejizirten noch bis auf die Zeit nach dem Interdiktserlass zu erstrecken. Bei Justinian dagegen kommt nur die *vis* vor der Klaganstellung in Betracht, und damit ist denn auch jener Anhalt für die Fiktion einer Besitzfortdauer weggefallen.

Sodann hatte früher der Dejizirte noch das Recht, den Dejizienten eigenmächtig wieder zu vertreiben. Man konnte also allenfalls auch aus diesem Gesichtspunkt eine *iusta possessio* bis dahin annehmen, wo es sich entschied, dass der Dejizirte dieses Recht nicht ausüben würde, d. h. bis zum Erlass des *interdictum uti possidetis*, beziehungsweise der auf dasselbe folgenden *vis*. Aber auch dieses Recht ist bei Justinian durch das Verbot der Selbsthilfe und die Streichung der *exceptio vitiosae possessionis* im *interdictum unde vi* beseitigt, und eine anderweitige Stütze für die Gleichstellung des vitiös entzogenen Besitzes mit dem fortdauernden nicht gegeben.

Endlich ist im Justinianeischen Recht die *actio recuperandae possessionis* selbst als Bereicherungsklage der Verjährung von dreissig Jahren unterworfen, das *interdictum retinendae possessionis* dagegen kann, in so weit es auf Schutz im gegenwärtigen Besitze geht, nie verjähren. Unter solchen Verhältnissen würde die Zulassung der rekuperatorischen Funktion zu dem auffallenden Ergebniss führen, dass der Dejizirte nach Ablauf von dreissig Jahren gegen den Dejizienten zwar jeden Anspruch auf Wiedereinsetzung verloren, dagegen den auf Anerkennung seines ununterbrochenen Besitzes behalten hätte; und es würde ferner der Dejizirte eine Klage des Dejizienten wegen

Besitzstörung ohne alle Zeitbeschränkung abzuwehren im Stande sein.[230a]) Diese Folgesätze haben denn auch die Vertheidiger der rekuperatorischen Funktion nicht verkannt, und insbesondere hat Witte, um dieselben abzuwenden, ausgeführt, dass die Berufung auf die vitiöse Beschaffenheit des gegnerischen Besitzes nach neuerem Recht sowohl in der *actio*, wie in der *exceptio* nur innerhalb der Frist von dreissig Jahren statthaft sei, was auch durch die Worte der l. 1 § 5 D. uti poss. XLIII. 17: „*perpetuo* (d. h. *intra triginta annos*) *hoc interdicto insunt haec: quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides*" ausgedrückt werde[231]). Allein dagegen ist vor allem einzuwenden, dass die Worte *perpetuo etc.* niemals den ihnen von Witte untergelegten Sinn gehabt haben können: im klassischen Recht nicht, weil sich damals weder für das Interdikt im Ganzen, noch für einen Bestandtheil desselben irgend ein Zeitpunkt denken liess, von welchem ab eine Frist der Verjährung hätte laufen können[232]); — und im Justinianeischen Recht nicht, weil Tribonian weder durch den Ausdruck *perpetuo* die Einschränkung auf dreissig Jahre, noch durch die Worte: *insunt haec etc.* die Fortdauer des vitiös verlorenen Besitzes konnte ausdrücken wollen. Vielmehr ist der einzig mögliche Sinn jenes Satzes der, dass die Klausel *quod nec vi etc.* beim *interdictum uti poss.* stets d. h. durchgängig, und nicht wie beim *interdictum unde vi*, früher nur mit Unterscheidung von *vis quotidiana* und *armata* und im neueren Recht gar nicht mehr, zur Anwendung komme[233]). Ausserdem aber ist gegen Witte geltend zu machen, dass es doch wohl mehr, als erlaubt ist, in die Gesetze hinein interpretiren heisst, wenn man zunächst demjenigen, *qui litis contestationis tempore detinet*, den andern gleichstellt, *qui detineret, si non reus vi clam precario ab illo detineret*, und dann wieder, um die zu weit greifenden Folgen dieses

---

230a) Manche freilich (Vangerow I. S. 682. Puchta Pand. § 133. Anm. g.) erstrecken die einjährige Verjährung des Interdikts auch auf die Geltendmachung eines Vitiums auf Seiten des Gegners. Aber die Worte (*intra annum agere*) besagen diess nicht, und wenn vitiös verlorener Besitz so gut, wie gegenwärtiger ist, so kann die Klage auf Anerkennung desselben nie verjähren.

231) Witte Interd. uti poss. S. 129—136. Zustimmend Arndts Lehrb. § 172. Anm. 3. Bethm.-Hollw. II. § 98. Anm. 168.

232) Schmidt Interd. S. 118 ff. und die dort Citirten.

233) Rudorff Zus. zu Sav. nr. 124. Vangerow I. S. 682.

selbstgeschaffenen Satzes zu beschränken, hinzufügt „seit weniger als dreissig Jahren!“

Ueberhaupt muss hier wiederholt werden, was schon oben (bei Anm. 187) bemerkt worden ist, dass ein so wichtiges Dogma, wie der relative Fortbesitz des Dejizirten, nimmermehr hätte bestehen können, ohne dass eine eingehende Erörterung desselben in Justinians Gesetzbücher aufgenommen worden wäre. Statt dessen findet sich in den Pandekten nur eine einzige fast verlorene Andeutung, (l. 3 pr. D. *uti poss.*), und die Institutionen eben sowohl, wie die Paraphrase des Theophilus schweigen darüber ganz[234]). Unter solchen Umständen ist nicht wohl abzusehn, wie man in der Praxis eine rekuperatorische Kraft des *interdictum retinendae possessionis* hätte begründen wollen. Freilich versucht Vangerow diess als eine theilweise Fortdauer der *compossessio plurium in solidum* zu rechtfertigen, indem er sagt, mit dem Wegfall dieser Lehre habe sich materiell nichts ändern können (?), sondern nur der frühere Klagegrund (die *iusta possessio*) die Gestalt einer *replicatio* (*vitiosae possessionis*) annehmen müssen[235]). Allein darauf ist zu erwiedern, dass mit jener Lehre doch offenbar die gesammte Legitimation des Dejizirten zum *interdictum retinendae possessionis* beseitigt war, und dass eine wirksame Replikation niemals im Stande ist, den Mangel eines Klagegrundes zu ersetzen[236]). Ausserdem hat schon Bruns mit Recht hervorgehoben, dass die Berufung des beklagten Dejizienten auf eigenen Besitz genau gesehn gar keine *exceptio*, sondern eine motivirte Abläugnung des Klagegrundes ist, und dass der Beklagte sich ja auch darauf beschränken kann, den Besitz des Klägers zu bestreiten, ohne eigenen zu behaupten.[237]). Will man also dem Dejizirten das *interdictum retinendae possessionis* einräumen, so wird man doch immer wieder zu jener Besitz-Fiktion gedrängt, für welche es eben an Anhalt in den Quellen fehlt.

Hiernach bleibt schliesslich zur Stütze für die rekuperatorische Funktion kein anderer Grund, als die oft gerühmte Zweckmässigkeit übrig, welche bis zu einem gewissen Grade schon oben zugegeben

---

234) S. Witte selbst Interd. S. 132.

235) Vangerow Lehrb. I. S. 680.

236) Ein ähnlicher Irrthum findet sich in der Lehre von der Rechtskraft, insofern man mitunter behauptet, die *exceptio rei iudicatae* in ihrer positiven Funktion gewähre ein Klagrecht. S. Dawider Windscheid d. Aktio S. 120.

237) Bekkers Jahrb. d. gem. R. IV. S. 45.

worden ist. Gleichwohl schwindet dieselbe näher betrachtet für das Justinianeische und heutige Recht ebenfalls auf ein Minimum zusammen. Man sagt gewöhnlich, der Dejizirte müsse vor der Wahl eines falschen Rechtsmittels geschützt, und die Weitläufigkeit vermieden werden, dass man den Kläger mit dem *interdictum uti possidetis* ab- und auf die Anstellung des *interdictum recuperandae possessionis* hinweise[238]). Nun ist aber bei offenbarer Dejektion es gar nicht zweifelhaft, dass der Dejizirte von vornherein diess letztere Interdikt wählen wird, welches ihm viel mehr Vortheile gewährt. Mithin beschränkt sich das Bedürfniss lediglich auf solche Fälle, wo die Frage, ob Dejektion oder Turbation vorliege, nicht sofort zu übersehn ist. Und gerade für diese scheint doch eine anderweitige Abhilfe zur Genüge vorhanden zu sein. Zunächst ist ja mit dem Wegfall der *formulae actionum* eine Cumulation der beiden Besitzklagen möglich geworden und in der Praxis bis auf den heutigen Tag üblich, ohne dass dabei in der Klage immer eine strenge Sonderung des prinzipalen und des eventuellen Petitums zu fordern wäre[239]). Sodann aber wird in so manchen zweifelhaften Fällen auch dadurch zu helfen sein, dass man die schon von den Römern begonnene Aufrechthaltung des Besitzes über seinen natürlichen Bestand hinaus fortentwickelt und eine nicht völlig entschiedene Dejektion nur als Störung gelten lässt. Wenn dagegen Jemand noch über diese Gränzen hinaus Schutz seines in Wahrheit längst verlorenen Besitzes begehrt, so hat er die Abweisung dieser Klage lediglich seiner unpassenden Wahl zuzuschreiben, und es ist in solchem Falle nicht härter, ihm die demnächstige Erhebung eines *interdictum recuperandae possessionis* zuzumuthen, als wenn man eine *vindicatio* verwirft, weil der Kläger statt ihrer die *condictio* hätte anstellen müssen. Auf alle Fälle sind die Folgen, welche sich aus der unbedingten Anerkennung der rekuperatorischen Funktion entwickeln, bei weitem misslicher, als die eben zugegebene ihrer Verwerfung. Oder ist es nicht im höchsten Grade unzuträglich, dass wie Witte annimmt[240]), ein vor beinahe dreissig Jahren Dejizirter auftreten und indem er alle seitdem von dem Gegner vorgenommenen Besitzhandlungen als Störun-

[238]) Bruns im Jahrb. IV. S. 49. 67. 97. Arndts Lehrb. § 172. Anm. 2. u. A. m.
[239]) Vgl. l. un. C. ut quae desunt II. 11. Seuff. Arch. XIV. 27. V. 173.
[240]) Interd. S. 132.

gen seines eigenen Besitzes bezeichnet, Anerkennung dieses letzteren verlangen kann? dass ferner eben derselbe, nachdem er im Possessorium gewonnen, sich doch wieder gegen die petitorische Klage seines Gegners nicht auf einen während der Zwischenzeit fortgesetzten (Usukapions-) Besitz berufen darf[241])? und dass endlich, wenn schon im *Summariissimum* der eine sich als *vitiose ab altero possidens* herausstellt, das Manutenenzdekret folgerecht den Gegner im Besitze schützen und also die Aufrechthaltung eines Zustandes befehlen muss, der in Wirklichkeit gar nicht besteht? so dass der andere Theil sich dann schon durch rein passives Verharren in seiner Lage strafbar machen würde?

Angesichts aller dieser Uebelstände ist denn auch die Praxis, auf welche man die rekuperatorische Funktion wenigstens für das heutige Recht hat gründen wollen[242]), zu keiner Zeit eine so feste gewesen, dass man darin das Zeugniss eines Gewohnheitsrechts erblicken könnte.

Schon die Glossatoren, obwohl sie nach ihren eigenthümlichen Theorien vom Civilbesitz das *interdictum uti possidetis* auch dem Dejizirten eigentlich hätten einräumen müssen, haben doch gegenüber den so bestimmt lautenden Pandektenstellen diese Folgerung zu ziehen nicht gewagt: So z. B. Placentinus, Azo, Roffredus und Odofredus[243]). Auch von Bartolus und seinen Hauptnachfolgern, wie Baldus und Paulus de Castro[244]) ist es bekannt, dass sie fortwährend den Grundsatz festhielten, beim *interdictum uti possidetis* müsse der Kläger gegenwärtiger Besitzer sein, und nur zufolge ihres Civilbesitzes und gewisser Präsumtionen unter besondern Umständen das thatsächliche Resultat herbeiführten, den Dejizirten siegen zu lassen. Endlich der Wichtigste unter den späteren Italiänern, Menochi steht im Wesentlichen noch auf demselben Standpunkt. Denn wenn dieser auch gelegentlich sagt[245]):

---

[241]) Witte Interd. S. 136.

[242]) Bruns in d. Jahrb. d. gem. R. IV. S. 96.

[243]) S. die Stellen, welche bei Bruns Besitz S. 118. Anm. 1. angeführt sind.

[244]) Bartolus im Commentar zu l. 1. § 9 D. uti poss. Nr. 18. und zu l. 3. pr. D. eod. Nr. 1. Baldus im Comment. zum Cod. tit. uti poss. Nr. 18. Castro Consilia II. 234. Vgl. weitere Belege bei Delbrück Dingl. Klage S. 124—129.

[245]) Menochi Tract. de retin. poss. rem. III. Nr. 35. Vgl. Nr. 506. 507. Delbrück a. a. O. S. 131.

si vi a naturali possessione deiectus atque spoliatus civilem retinet, an experiri hoc interdicto (uti poss.) poterit? et dicendum est, posse, cum per eam spoliationem perturbari dicatur in ea civili, quam habet;

so hat er dabei doch keineswegs alle Fälle der Dejektion, sondern nur gewisse zweifelhafte, (*si deiectus civilem retinet*) im Auge[246]), und betont auch an einer andern spätern Stelle sehr entschieden:

quod remedium (ret. poss.) spoliato non reddatur, ut iam supra diximus, cum possessione illa careat; atque ita responderunt Castro, Bertrandus, et idem placuit Fabro, Roberto, Cuiacio[247]).

In Deutschland wurden Anfangs bekanntlich die Lehren der Italiäner einfach angenommen. Daher findet sich denn auch der Civilbesitz des Dejektus z. B. bei dem hervorragendsten Cameralisten, Gayll (1526—1587) unverändert und unter Bezugnahme auf Bartolus, Baldus und Menochi anerkannt.

Si dominus ab alio iniuste — pellatur, quod posset recuperare — talis recuperatio non pro spolio sed possessionis continuatione accipitur: nam qui continuat suam possessionem — et qui se praeparat ad recuperandum animo retinet possessionem etc.[248]).

Allein bald bricht sich eine richtigere Erkenntniss des reinen Römischen Rechts bei den Franzosen, wie bei den Deutschen Bahn. Cuiacius nimmt sich an den zahlreichen Stellen, wo er auf l. 1 und l. 3 *pr. D. uti poss.* zu sprechen kommt[249]), kaum die Mühe, die Annahme einer rekuperatorischen Funktion ernstlich zu widerlegen, Donellus aber sagt ausdrücklich[250]):

Peccant D. D. qui in vi expulsiva locum huic interdicto faciunt eoque deiectum uti posse sentiunt; — immo deiectione omnis possessio amittitur. — Ut ut enim voluntatem possidendi deiectus non amittat ac retentionem animo sibi fingat, nihil tamen ea operatur, ceu contraria iuris ordinationi, actui naturali, fundata super impossibili. Interdicto autem hoc superior deiec-

---

246) Bruns Jahrb. IV. S. 52.

247) A. a. O. Nr. 556—558. 732. Bruns a. a. O.

248) Gayll de pace publ. I. 16. Nr. 16. vgl. desselben de pignoratt. 22. Nr. 8ff. und Delbrück a. a. O. S. 134.

249) Man sehe dieselben in dem Promptuarium der Neapolitaner Ausgabe.

250) Comm. iur. civ. l. XV. c. 33. § 8. not. 9. vgl. §§ 7. 13. 14. ibid. An Donellus schliessen sich auch die Spanier an. Vgl. Delbrück S. 137.

riens ut possessio illi resti-
one ut absolvatur.
nbec[251]) gegen diejenigen

qui deiectus est possessione,

its in entschiedener Weise
[252]). Mit dem Ende des
n jene Verwirrung der An-
ildert, und welche Delbrück
vollständige Verschmelzung
r Vindikationen zu einer
zu behaupten. Sofern man
rwiegende bezeichnen darf,
ischen Funktion des Inter-
it welcher Entschiedenheit

ti poss.) *non competit, quia*
naturaliter, neque corpore
niuste, sed possidere desiit;
o; — (*haec sententia*) *per*

sser zahlreichen Andern[254])
e, indem er zum Siege im
s gegenwärtigen fehlerlosen
eise die Rücksicht auf Alter

on einer festen Praxis zu

mm. in Pand. lib. XLIII. tit. 17.

. I. 16. d. 24. Nr. 2. Decis. II, 7 d.

lleg. theoric. practic. ad pand.

ius. controv. 43, 17 qu. 3. Pet.
ot. 8. Pufendorf observ. tom. II.
150. 156ff. Malblanc princ. iur.
rück S. 141.
ex. 90. c. 2. De actionibus II,

Gunsten der rekuperatorischen Funktion für die letzten hundert Jahre die Rede sein, zumal seit Savigny die Bedingung gegenwärtigen Besitzes beim *interdictum uti poss.* als „so klar" vertheidigt hatte, „dass sie eben hier am wenigsten hätte bezweifelt werden sollen[256])." Ja gerade das von Bruns für die entgegengesetzte Meinung angeführte Erkenntniss des Ober-Appellations-Gerichts zu Oldenburg vom 24. Juni 1851[257]) beweist durch seine Motivirung, wonach die Gerichte der Anerkennung der Vangerow-Puchta'schen Ansicht „sich nicht länger entziehen können," am deutlichsten den Untergang der alten von den Italiänern überkommenen Lehre.

Endlich lässt sich die rekuperatorische Funktion für das gemeine Recht auch nicht darauf stützen, dass die Preussische Codification sie angenommen habe. Allerdings verordnet § 1 der Allg. Gerichtsordnung I. 31

> das *Possessorium summarissimum* findet Statt, wenn Jemand in dem Besitze einer Sache oder eines Rechts beunruhigt, oder wenn er dieses Besitzes neuerlich heimlicher oder gewaltsamer Weise entsetzt worden ist;

und das Preussische Ober-Tribunal hat demgemäss ausgesprochen[258]):

> Beides (Störung und Entsetzung) sind nur Arten der Turbation, dem Grade nach verschieden.

Allein einmal ist eine solche Identificirung für das Preussische Recht einigermassen zu rechtfertigen durch das allgemeine Princip desselben, wonach Besitz durch unrechtmässige Handlungen weder erworben, noch verloren werden soll[259]). Sodann aber ist auch durch das Erforderniss der „Neuerlichkeit" die Anomalie dahin gemildert, dass jedenfalls nur Entsetzungen, welche innerhalb einer ganz kurzen Frist vor Anstellung der Klage vorgefallen sind, den Störungen geichgeachtet werden können[260]).

Es bleibt nun noch die Untersuchung der dritten Frage übrig,

---

[256]) Sav. Besitz § 38. Ueber die seitdem noch bestehende Verschiedenheit der Ansichten vgl. Delbrück S. 142. Anm. 26. 27.

[257]) Bruns im Jahrb. d. gem. R. IV. S. 97. Seuff. Arch. VII. 41.

[258]) Entsch. d. Ob.-Trib. XIV. S. 164.

[259]) §§ 96. 122. Allg. Landr. I. 7. Vgl. Baron Abhandlungen aus dem Preuss. R. S. 26. 44.

[260]) S. Heydemann Einl. in das System des Preuss. Civilrechts I. S. 372. 384. u. die daselbst angegebenen Präjudizien.

in wie fern das Justinianeische *interdictum uti possidetis* die Bezeichnung *duplex* verdiene.

Hierbei ist soviel von vornherein klar, dass nicht von einer Duplizität in dem Sinne die Rede sein kann, in welchem die klassischen Juristen sie dem Interdikt zuschreiben. Diese letzteren bezeichnen damit, wie oben S. 28. 39 gezeigt ist, die Fassung eines Interdikts, derzufolge dasselbe nicht bloss zu Gunsten des Impetranten an den Impetraten, sondern auch umgekehrt zu dessen Gunsten an jenen einen Befehl richtet. Seit Diokletian aber ist diese Eigenthümlichkeit einzelner Interdikte aufgegangen in dem Charakter allgemeiner Grundsätze, welchen sämmtliche Interdikte angenommen haben. Wie alle Rechtsregeln, gewähren dieselben nun nie mehr bloss an einzelne Personen, sondern an Jedermann, und unter denselben Voraussetzungen wie gegen ihn, so auch für ihn eine Klage. Darnach hat man nur die Wahl, entweder alle Rechtssätze mit Ausnahme der Privilegien als *duplices* in jenem Sinne gelten zu lassen, oder diese Bedeutung des Worts überhaupt aufzugeben.

Indessen wird nun auch eben genau gesehn nicht eine Eigenthümlichkeit des abstrakten Rechtssatzes, welcher dem Besitzer Schutz verspricht, sondern der Besitzklage behauptet: diese wird *actio duplex* genannt und der Theilungsklage als gleichartige Erscheinung an die Seite gesetzt.

Wir dürfen dabei absehn von der Begründungsweise Derer, welche, wie Sintenis und Wiederhold, die Interdiktsklage nur gegen einen Prätendenten eigenen Besitzes zulassen und somit es als Duplizität ansehn, dass die Passivlegitimation nur einem Widerkläger zukomme. Diese Auffassung ist bereits oben S. 40 und S. 59 widerlegt. Wir halten uns vielmehr an Diejenigen, welche als Veranlassung der Klage jede Besitzverletzung gelten lassen und dem Verklagten seinerseits die Erhebung einer eigenen Besitzklage freistellen. Nach deren Ansicht nun soll „die unbedingt einseitige Natur des Interdikts selbstverständlich“ sein, so lange der Beklagte sich darauf beschränkt, entweder den Besitz des Klägers anzuerkennen und nur die Störung desselben zu bestreiten oder Besitz und Störung zugleich zu läugnen, ohne jedoch sich selbst eine *possessio* zuzuschreiben. Anders dagegen, wenn der Beklagte entweder selbst zu besitzen oder den Besitz nur durch ein *vitium* des Klägers an diesen verloren zu haben erklärt. Durch eine solche Erklärung, — behauptet man, —

nehme der Beklagte die Stellung eines Klägers ein, und der Prozess sei dann „stets als *iudicium duplex* zu behandeln[261])." Wenn dieser Ausdruck nur soviel bedeuten sollte, dass unter den angegebenen Voraussetzungen auch der Beklagte gleichzeitig eine Klage wider den Kläger anbringen könne, so würde damit, abgesehn von der Zulassung der rekuperatorischen Richtung, nichts irgend wie Bedenkliches, aber freilich auch ebenso wenig etwas Besonderes gesagt sein: denn wie schon oben S. 47 bemerkt, tritt jene Möglichkeit überall ein, wo nicht ein bestimmter Besitzstand, der hier eben fehlt, die Klage ausschliesst, führt aber im Falle ihrer Verwirklichung auch nur zu einer gewöhnlichen Verbindung von Klage und Widerklage[262]). Doch jener Ausdruck soll eben mehr bedeuten. Er soll bedeuten, dass durch eine Auslassung des angegebenen Inhalts der Beklagte auch ohne seinen Willen zum Kläger wird: eine Eigenschaft, die nach Manchen mehr, nach Andern weniger Folgen haben, jedenfalls aber sich darin wirksam zeigen soll, dass der Beklagte auch ohne Antrag ein den Gegner condemnirendes Urtheil erlangen kann[263]). Allein dieser Auffassung stehen folgende Gründe entgegen.

1. Eine Klagebeantwortung des Inhalts, dass nicht der Kläger sondern der Beklagte selbst besitze, oder auch dass der Besitz des Klägers dem Beklagten gegenüber nicht fehlerfrei sei, (sog. *exceptio vitiosae possessionis*), stellt strenggenommen in dem einen, wie in dem andern Falle nur eine motivirte Abläugnung, in dem zweiten insbesondre die Negation eines präsumirten Erfordernisses der Klage dar[264]); desshalb kann sie ihrer Natur nach nicht zu einer Verurtheilung des Klägers führen ohne eine positive Anomalie. Dass nun im klassischen Recht eine solche nicht bestand, sondern eine Verurtheilung des Gegners nur durch Anstellung und Durchführung einer Sponsionsklage zu erzielen war, ist oben S. 39—41 zur Genüge festgestellt worden. Folglich bliebe für das Justinianeische Recht nur die Möglichkeit, dass dem Richter ein solches Erkennen *ultra*

---

261) Witte Interd. S. 142. 154.

262) Vgl. über diese und ähnliche Fälle Linde in d. Ztschr. für Civilr. u. Process XV. S. 346 ff. u. Pape ebendas. XVI. S. 238.

263) Witte S. 134. Insoweit bekanntlich übereinstimmend: Savigny Besitz S. 404. 405.

264) Vgl. Rudorff zu Sav. Nr. 128. S. 691. Nr. 140. Keller Civ.-Proc. § 36. Anm. 402. Krüger Zschr. f. R. G. VII. S. 230.

eschrieben worden wäre.
derung entbehrt schlechter-
ber die Duplizität nur die
erändert mitgetheilt. Un-
plötzlich kraft einer *duplex*
verstanden wissen wollen,
ficio einen Theil zur An-
verurtheilen habe.
nden Juristen für die Be-
ei besitze, der Charakter
essionis) in Anspruch ge-
rufung auf einen Mangel,
ein für alle Mal vorge-
nes im eigentlichen Sinn
p. eine Besitzklage, die der
klagten stützte, als *libellus*
erden? Sodann aber würde
forderniss einer besondern
g des Klägers unverändert
ceptio vit. poss. doppelt zu
hehn und Savigny selbst es
verlust mit dem Interdikt

Inhalt seiner Klagebeant-
Verurtheilung des Klägers
ch nicht wohl, wie Sa-
ne entsprechende Pflichten
en Vertheidigern der Dupli-
in eine offenbare Ungleich-
nstigung des Beklagten um-
Standpunkt aus folgerecht
onstigen Grundsätzen über
, also ihn Cautionen (z. B.
besondere ihm für seinen
wenn dieser nicht erbracht
en sachfälligen Gegner, so

t Interd. S. 102. 105. Bethm.-
sverh. S. 99. 106.

dass seine unfreiwillige Klägerstellung nicht immer bloss ihm selbst, sondern unter Umständen auch dem andern Theile zu Gute käme[266]). Und in der That spricht Witte (S. 134) es geradezu aus, dass die *exceptio vit. poss.* nicht eine *exceptio* im gewöhnlichen Sinne sei, sondern heut zu Tage materiell die Natur einer Gegenklage habe.

Allein diess alles läuft doch zuletzt auf nichts Geringeres hinaus, als auf einen Klagezwang in der schon von Sintenis vertheidigten Art, (s. oben S. 40) nur mit der Abschwächung, dass jener Zwang nach Witte nicht in allen Fällen des Interdikts, sondern erst dann eintritt, wenn der Beklagte sich vertheidigungsweise auf eigenen Besitz berufen hat. Ein solcher Klagezwang aber ist dem Römischen Recht überhaupt fremd[267]), und er ist hier um so unpassender, als der Beklagte ihn einfach dadurch umgehn kann, dass er der Abläugnung des klägerischen Besitzes jene Motivirung nicht hinzufügt.

3. Im klassischen Rechte wurde, wie oben gezeigt ist, ein einheitliches *interdictum duplex* an beide Theile nur dann erlassen, wenn dieselben einen gleichartigen Besitz, sei es der Sache, sei es des Rechts, in Anspruch nahmen. Diese Beschränkung hat für das Justinianeische Recht keine Bedeutung mehr, da nach diesem nicht mehr besondre Interdikte erlassen werden, sondern eine allgemeine Rechtsregel jeden Besitz ein für alle Mal schützt. Dann aber ergiebt sich, dass die Duplizität der Besitzklage, wenn sie überhaupt besteht, jetzt nicht mehr bloss im Streit um den Sachbesitz, sondern überhaupt in allen Besitzstreitigkeiten eintreten muss: also auch z. B. wenn ein Sachbesitzer gegen einen Servitutbesitzer oder dieser gegen jenen, oder ein Rechtsbesitzer gegen den andern Klage erhebt. Und wirklich wird diess auch von Witte behauptet. Es soll diess „ein weiterer praktischer Sinn sein, welchen so die das *interdictum uti possidetis* schlechthin als *duplex* bezeichnenden Pandektenstellen gewinnen“[268]). Indessen gerade diese weitgehenden Folgen zeigen am besten, wie wenig die Compilatoren, als sie für ein einzelnes Interdikt das klassische Prädikat „*duplex*“ einfach beibehielten, an die behauptete Rechtsveränderung gedacht haben können.

[266]) Ein Beispiel, wo weder Kläger noch Bekl. Schutz im Besitze verdiente, bietet Seuff. Arch. XIV. 97.

[267]) L. 156. pr. D. d. reg. iur. L. 17. l. un. C. ut nemo invitus III. 7.

[268]) Witte Interd. S. 142.

Hätten sie dieselbe im Auge gehabt, so würden sie es nicht haben unterlassen dürfen, zu bemerken, dass die *par utriusque litigatoris condicio* nunmehr einen viel weiteren Umfang und eine ganz andre Bedeutung habe, als früher.

Allen diesen Bedenken gegenüber wird nun zur Vertheidigung jener eigenthümlichen „Duplizität" auch hier wieder hauptsächlich die praktische Zweckmässigkeit derselben geltend gemacht. Allein mit Unrecht. Das Wichtigste, was man in dieser Beziehung anzuführen pflegt, die allemal schon im Besitzstreit erfolgende Herstellung der *iusta possessio* als Grundlage für das Petitorium [269]), ist nach dem oben S. 50. 51. Gesagten gar nicht Folge der Duplizität, sondern der rekuperatorischen Funktion: dies Ziel ist zu erreichen, sobald man dem Dejektus das Recht giebt, aus gegenwärtigem Besitze zu klagen; was wir ihm freilich abgesprochen haben. Als Wirkung der Duplizität bleibt vielmehr nur das eine übrig, dass der Beklagte, der nicht zugleich als Kläger aufgetreten ist, in den Fällen, wo er es mit Erfolg hätte thun können, nun doch als solcher behandelt werden, d. h. auch ohne Antrag ein den Gegner condemnirendes Erkenntniss erlangen soll. Nach der oben entwickelten Ansicht würde ein solcher Fall nur dann vorliegen, wenn der Beklagte sich als wirklicher Besitzer ausweist. Nimmt man die rekuperatorische Funktion an, so kommt noch der zweite hinzu, wo der Beklagte den Besitz vitiös an den Kläger verloren hat. Doch weder in dem einen, noch in dem andern Falle liegt ein praktisches Bedürfniss zu dieser Anomalie vor. Bei dem ersten von beiden ist diess ohne weiteres klar. Denn wenn der beklagte Besitzer eine rechtskräftige Abweisung des klägerischen Angriffs auf seinen Besitz erlangt, so ist er eben damit zur Genüge geschützt; und sofern er etwa noch ein weiteres Interesse hat, seinen Besitz als solchen dem Kläger gegenüber festgestellt zu sehn, kann auch diesem Interesse durch die Gründe des Erkenntnisses entsprochen werden. In dem zweiten Falle dagegen wird durch ein rein absolutorisches Urtheil allerdings dem Beklagten überlassen, nun seinerseits zur Wiedererlangung des Besitzes eine besondre Klage anzustellen, während er, wenn man nicht bloss an die rekuperatorische Kraft, sondern auch an die „Duplizität" der Besitzklage glaubt, in

[269]) S. besonders Arndts Lehrb. § 172. Anm. 2. und die übrigen oben in Anm. 176 Citirten.

Folge des gegnerischen Angriffs — gleichsam durch eine *reformatio in peius* — von selbst den Besitz zurückerlangt haben würde. Indessen eine Ungerechtigkeit oder eine unnütze Weitschweifigkeit scheint in diesem Abwarten einer zweiten Klage um nichts mehr zu liegen, als z. B. in der blossen Freisprechung eines Beklagten, der eine den eingeklagten Betrag übersteigende Compensationsforderung dargethan hat, oder überhaupt in dem Verbot des Erkennens *ultra petitum*. Auf andre Fälle analog angewendet würde jene Verkürzung der Prozesse von Amtswegen zu nichts Geringerem führen, als zur Inquisitions-Maxime der Preussischen Gerichtsordnung. Auf solche Weise aber geschieht dem *ex officio* Verurtheilten in allen Fällen und dem andern Theile wenigstens unter Umständen Unrecht: so z. B. auch beim *interdictum uti poss.*, insofern der Beklagte die Absicht hatte, nach Erledigung desselben das bekanntlich noch weiter reichende *interdictum unde vi*[270]) anzustellen, und nun gewärtigen muss, seinem Anspruch aus demselben die *exceptio rei iudicatae* entgegengesetzt zu sehn[271]).

Nach alledem kann es nicht zweifelhaft sein, was man von der sogenannten Duplizität der Interdiktsklage im Justinianeischen Recht zu halten hat. Man wird dieselbe in nichts anderm suchen dürfen, als darin, dass der mit jenem Interdikt Belangte, wie in andern Fällen, die Befugniss hat, eben dasselbe gleichzeitig als Widerklage gegen den Kläger anzustellen, und dass er von dieser Befugniss hier thatsächlich besonders häufigen Gebrauch machen

---

[270]) Vgl. l. 1. § 33—41. D. de vi. XLIII. 16.

[271]) Arndts a. a. O. bemerkt gegen die bis hierher vertheidigte Ansicht, ihr praktisches Ergebniss sei höchst unbefriedigend. „Denn" — sagt er — „wenn in Folge der Besitzklage des A. gegen B. sich ergiebt, dass A. zwar besitzt, aber fehlerhaft, so wird B. lediglich absolvirt und genöthigt nun erst das interdictum recuperandae possessionis anzustellen!" Das soll dadurch vermieden werden, dass man der Besitzklage rekuperatorische Kraft verleiht und die Anstellung einer solchen Klage auch von Seiten des Beklagten fingirt. Allein es ist viel einfacher dadurch zu vermeiden, dass der Bekl. von vorn herein als Widerklage ein interd. recup. poss. anstellt. — Sodann fährt Arndts fort: „ergiebt sich dagegen, dass B. fehlerhaft besitze, so wird A. ebenfalls abgewiesen und genöthigt zu dem interd. recup. poss. zu greifen." Diess soll durch die rekuperatorische Funktion vermieden werden. Aber auch hier ist einfacher geholfen, wenn A. sofort beide Klagen cumulirt. Ueber die Möglichkeit eines „ewigen Krieges" des Dejektus gegen den Dejiziens vgl. oben Anm. 180.

wird, weil nach der Natur des Besitzes eine und dieselbe Thatsache von jeder Partei zugleich als Ausdruck eigenen Rechts und fremder Eigenmacht bezeichnet zu werden pflegt. Ein Mehreres aber, als diese thatsächliche Eigenthümlichkeit dürften auch die Compilatoren nicht im Auge gehabt haben, als sie die Aussprüche der klassischen Juristen über *interdicta duplicia* in ihr Gesetzbuch schlechtweg aufnahmen.

Die vorstehend für Justinians Zeit dargestellte Auffassung ist denn auch durch die spätere Entwickelung des Römischen Rechts in keiner Weise verändert worden. Eine eigentliche Dogmengeschichte der Duplizität ist überhaupt kaum zu geben; jedenfalls genügt es an dieser Stelle, darzuthun, dass die moderne Lehre von derselben weder in der Theorie noch in der Praxis je geherrscht hat.

Die Glosse giebt das *Interdictum uti possidetis* dem Besitzer ausdrücklich gegen jeden Störer, gleichviel ob derselbe sich eigenen Besitz zuschreibt oder nicht[272]). Daher ist bei ihr von anomalen Folgen aus der Duplizität keine Rede. Im Gegentheil: wie bekannt, wussten Manche mit der Pluralform so wenig anzufangen, dass sie dieselbe nicht an zwei, sondern (*honoris causa, more Lombardorum*) an eine Person gerichtet glaubten[273]), oder sie wenigstens nur für den Fall eines Mitbesitzes Mehrerer gelten liessen[274]). Aber auch diejenigen, welche die Bedeutung der Formel im Allgemeinen richtig erkennen, sehn doch in dem Interdikten-Prozess zwischen zwei angeblichen Besitzern nichts andres, als die Verbindung zweier von denselben Personen wider einander angestellten Klagen. Sie verlangen daher auch, dass jeder von ihnen *libellum* proponire, den Beweis gegenwärtigen Besitzes führe und beim Misslingen desselben eine Freisprechung des Gegners erfahre[275]). Nur für den Fall sind sie verschiedener Meinung, wo beide Theile gleichmässig Besitzhandlungen darthun. Hier nämlich wollen Manche die Sache theilen[276]), Andre den Kläger abweisen, das heisst denjenigen, der zuerst auf richterliche Entscheidung angetragen habe, beziehungs-

---

272) Rogerius und Azo in den Stellen bei Bruns Besitz S. 115.

273) Placentinus und Azo bei Savigny Besitz S. 404. Anm. 2.

274) So Roffred. im tract. iud. de interd. utrubi.

275) Gl. *nec precario* zu l. un. C. uti poss. VIII. 6.

276) „In Nachwirkung des germanischen Rechts" wie Delbrück Dingl. Klage S. 118 meint. Vgl. Ssp. III. 21.

weise, der durch das Loos dafür bestimmt werde[277]); endlich die Meisten wollen keinen von beiden siegen lassen, sondern unbestimmt erkennen: *uti possidetis, ita possideatis*[278]). Ein einziges Mal wird für den besondern Fall, wo nur ein Theil geklagt, demnächst aber der Richter den Beklagten als *potior in possessione* erkannt hat, nach einigen Zweifeln entschieden, dass hier der Kläger zugleich verurtheilt werden solle, den Beklagten nicht ferner zu beunruhigen *quia istud iudicium est duplex*[279]). Allein diese Meinung hat bei andern weder Erwähnung, noch Nachfolge gefunden.

Die Prozessualisten bis zu Durantis und seinem Commentator Baldus begnügen sich durchweg mit der Angabe, dass in den fünf *iudiciis duplicibus* jeder Theil Kläger und Beklagter sei, und somit auch jeder das *iuramentum actoris et rei* zu leisten habe[280]): ganz ebenso — sagen Tancred und Durantis — wie bei *mutuae petitiones*, nur dass — wie Durantis hinzufügt — bei diesen letzteren jeder Zeuge nicht ebenso, wie z. B. beim *iudicium finium regundorum* nothwendiger Weise immer *de facto actoris et rei* aussage[281]). Im übrigen stellt Durantis als unzweifelhaft hin, dass der mit einer Besitzklage Belangte die Wahl habe zwischen einer *exceptio* (*spoliationis*) und einer sei es possessorischen sei es petitorischen Rekonvention[282]). Und noch weniger, als bei den Prozessualisten findet man in den Erörterungen des materiellen Rechts etwas Erhebliches über das Wesen der Duplizität bemerkt. Bartolus z. B. äussert nur:

---

[277]) S. z. B. Glosse *vincetur* zu l. 3. D. uti poss. und Roffred. im tract. iud. de interd. uti poss.

[278]) Belege bei Bruns S. 183.

[279]) Gl. *nec precario* zu l. un. C. uti poss. *Sed pone quod proposui libellum conquerens de te proponendo hoc interdictum de fundo Seiano, tu de me non es conquestus nec libellum dedisti nec interdictum proposuisti. Nunc cognovit iudex, quod tu potior me es in possessione; absolvet te. Sed an et me tibi condemnabit, ut de cetero te non inquietem? Videtur quod sic; arg.* — — *Sed arg. contra* l. 11. pr. D. de iureiur. XII. I. *Non est contra, quia istud iudicium est duplex.*

[280]) Vgl. z. B. Pillius de ord. iud. p. 3. § 1. Tancred. ord. iud. P. III. Tit. 2. § 5.

[281]) Dur. spec. iur. lib. II. rubr. de iur. cal. § 4 nr. 3.

[282]) Lib. II. rubr. de petit. et poss. § 1. Nr. 17. 18. 31. 38. In lib. I. rubr. de actore et reo und lib. II. rubr. de actione seu petit. ist nichts hierher Gehöriges gesagt.

uterque dedit libellum, quod duplex est.“[283]).

, so hat dasselbe, wie Bruns Grundsätze vom *interdictum* ten[284]). Insbesondere zeigt nsfrage in das Possessorium, poss. et propr. II. 12. dem ss man die Entgegnung des- als Klage, ganz seinem Be- den hierher gehörigen Titeln ichts Bemerkenswerthes ge- *but Licet* enthält richtig ver- mit dem röm. Recht über-

che das Römische *interdictum* in der Einführung des *Sum-* axis. Hier nun, wenn irgend veiseitigkeit des Rechtsmittels vickelt worden wäre. Allein ht weniger angewendet, wenn nd des Prozesses über eine rte, als wenn dieser letztere rsteren zurückgab. Wird es *tae possessionis* und beim Pe- tänden durch ein unbedingtes

— Zu l. 37. § 1. D. de O. et A. edus giebt natürlich nur eine Um- th an den Richter, im Falle glei- *voli* gehn zu heissen, s. bei Bruns

S. 74 ff.

que persona vices duorum habet) an Einrede und Widerklage unter- II. 10.

sen aufs Sorgfältigste begründete r Dogmatik X. S. 152—168 aus- sorischen, sondern einen petitori- olten Erwähnung des *interd. uti* Römischen Streitfrage über den

und die daselbst citirten Stellen.

Mandat eingeleitet[288]), — was alles nur dann Sinn hat, wenn man eine Widerklage als zufällig und unwesentlich betrachtet.

Nicht mehr, als bei den Italiänern dieser Zeit findet sich über die Duplizität des Besitzprozesses bei den Spaniern und den Franzosen gesagt. Von den ersteren bemerkt z. B. Retes kurzweg:

„constat duplex esse hoc interdictum, quia non apparet statim, quis sit reus quisve actor, cum uterque possidere contendat“

und verweist im Uebrigen auf Donellus und Cuiacius[289]). Aber auch diese kommen eigentlich nicht über vereinzelte Andeutungen hinaus. So lehrt Cuiacius nur, dass hier *„indiscretae sunt personae actoris et rei* (comm. ad Dig. V. 1. de iudic. l. 13 und obs. l. V. c. 22.), — dass beide Theile einen Calumnieneid zu leisten haben *„et sors adhibetur tantum ordinandae litis causa, ut sciatur quo ordine sit causa agenda“* (comm. ibid. leg. 13. 14.) — und dass die l. 11. § 2. D. de iurisd. II. 1., betreffend die Berechnung des Klagobjekts, auch auf die *interdicta duplicia* anzuwenden sei (comm. ad Dig. II. 1. h. l.). Und Donellus, der die Duplizität des Interdikts ganz richtig daraus herleitet, dass hier *fere semper ambo se possidere dicunt* (comm. ad l. un. C. uti poss. VIII. 6.) beschränkt sich in Betreff ihres Wesens auf folgende Umschreibung: (comm. iur. civ. lib. XV. c. 33. no. 14.)

Apparet litigatores in hoc interdicto sic agere, ut uterque et se possidere dicat et simul adversarium possidere neget. Qua parte se possidere dicunt, sunt actores id agentes, ut sibi possessio integra praestetur, quam adversarius adimit; qua parte agenti adversario negant, sunt rei, id agentes, ne praestent quod ab ipsis petitur[290]).

Endlich Anton Faber, den die Späteren mit Vorliebe citiren, unterscheidet zwar höchst sorgfältig die *actio duplex* als *unica actio, ita comparata, ut quisquis in ea vult esse actor, eum necesse sit, et reum esse,* sowohl einerseits von den *mutuae actiones,* welche *non solum diversae inter se, sed etiam diversis iudiciis licet apud eundem iudicem agitandae sunt,* als andrerseits von der *reconventio*

[288]) Bayer, Summar. Processe § 67 a. E. vgl. § 66 a. E.

[289]) De interd. pars II. c. I. de interd. uti poss. § 7. (Meerm. VII. p. 508).

[290]) Wie weit die von Bruns Besitz S. 364 erwähnte Uebertragung der Duplizität auf die französische *conquestio in casu novitatis* reiche, kann ich, da der grand coutumier de Charles VI. mir nicht zugänglich war, nicht beurtheilen.

d. h. derjenigen *mutua actio, quae et diversa sit et eodem tamen iudicio exerceatur, cum ex uno eodemque negotio utraque actio profluit.* Allein er nennt dabei als Fälle der *actio duplex* ausschliesslich die drei Theilungsklagen[291]). Bei den Besitzklagen dagegen behandelt er deren Duplizität mit Recht bloss als eine Frage der Interdiktsabfassung und erklärt die *forma duplex*, wie schon oben erwähnt, in allen Fällen für anwendbar, wo *sibi uterque idem ius adserit et vindicat*, z. B. zwischen zwei Erbprätendenten, zwei Pfandgläubigern u. s. w., also in Fällen, wo über das Vorhandensein zweier selbständigen Klagen kein Zweifel besteht[292]).

Unter solchen Umständen ist es denn nicht zu verwundern, dass auch die deutschen Juristen des sechszehnten und siebzehnten Jahrhunderts von einer Doppelseitigkeit der Besitzklage so gut wie nichts wissen. Von den sächsischen Prozessualisten erwähnen z. B. Chilian König und Benedict Carpzov als *iudicia duplicia* nur die Theilungsklagen[293]), und von den Kameralschriftstellern braucht Mynsinger den Ausdruck überhaupt nicht und Gayll nur in Bezug auf den Unterschied zwischen *possessorium ordinarium* und *extraordinarium*[294]). Und mehr Ausbeute gewähren auch die übrigen nicht.

Erst im Laufe des achtzehnten Jahrhunderts geben sich hier und da Zeichen eines Nachdenkens über die bezüglichen Quellenaussprüche kund. In einer Dissertation von Ch. D. Koop (praes. Sim. Petr. Gasser) „*de iudicio duplici eiusque genuino conceptu* (*Halae 1736*) wird das Wesen desselben darein gesetzt, dass hier der actio eine *tacita reconventio* anhafte, und dann diese Eigenschaft allen denjenigen Klagen beigelegt, welche im Römischen Recht beiden Parteien als gleichnamige und als *directae* gegeben sind, d. i. ausser den drei Theilungsklagen auch der *actio pro socio*, der *actio emphyteuticaria*, den sämmtlichen *remedia retinendae possessionis* und dem *summariissimum:* im Gegensatz einerseits zu den ungleichnamigen (z. B. *emti venditi*) und andrerseits zu den als

---

291) A. Faber coniect. iur. civ. lib. XX. c. 5.

292) Ebendas. II. 18; vgl. oben Anm. 99.

293) König: Processus und Practica Th. I. cap. 8. Carpzov: Processus iuris Tit. IV. art. 1. Nr. 40—48.

294) Gayll, practic. obs. l. I. obs. 7. Ebenso Brunnemann tract. de proc. c. 1. Nr. 41—44.

directae und *contrariae* unterschiedenen. Auf diese Abhandlung wird dann von den Späteren meistentheils verwiesen, z. B. von Joh. Ludw. Schmidt (Klagen und Einreden § 29) und von Glück, der jedoch selber folgendes hinzufügt:

> *iudicia duplicia* sind solche Klagen, wodurch ein Recht verfolgt wird, was jeder der streitenden Theile wechselseitig wider den andern geltend machen kann. — In der Hauptsache wird aber eigentlich (!) diejenige Partei als Kläger angesehn, welche zuerst in dem Gerichte erscheint, u. s. w.[295]).

Endlich in der anomalsten Gestalt erscheint die Duplizität der Interdikte bei Savigny, indem er seit der dritten Auflage seines Besitzes gleichlautend die beiden Sätze daraus ableitet[296]):

1) jeder der streitenden Theile könne auf Grund gegenwärtigen Besitzes klagen;

2) der dejizirte Beklagte dürfe zwar keinen Anspruch auf den Besitz erheben, dagegen erlange er denselben ohne Anspruch.

Was seit Savigny über die Interdiktsklagen verhandelt worden ist, ist bekannt und so weit nöthig, bereits oben besprochen. Nach alledem ist über die hier in Frage kommenden Punkte eine klare und übereinstimmende Lehre so wenig heut zu Tage vorhanden, als dogmengeschichtlich zu begründen. Um so mehr werden wir berechtigt sein, die oben für das Justinianeische Recht aufgestellten Sätze unverändert auch für das heutige zu behaupten, das heisst, den Besitzstreit materiell, wie formell als eine einfache Verbindung zweier entgegenstehenden Klagen zu behandeln. Dass diese Auffassung praktisch nichts weniger als unerheblich ist, leuchtet ohne weiteres ein. Doch mögen schliesslich von den sich daraus ergebenden Consequenzen die wichtigsten hier noch ausdrücklich hervorgehoben werden.

Wenn der Beklagte dem *interdictum uti poss.* des Klägers den Anspruch auf Anerkennung eigenen Besitzes gegenüberstellen will, so muss er diesen Anspruch in dem für Widerklagen vorgeschriebenen Zeitpunkt, also in Verbindung mit seiner Klagebeantwortung vorbringen. Hat er diess unterlassen, so liegt ihm einerseits weder eine Beweislast, noch eine der sonst vom Kläger zu erfüllenden

---

[295]) Glück III. § 204 (S. 225). X. § 716 (S. 426). Bei Danz, Gönner, Martin u. s. w. findet sich so gut wie Nichts.

[296]) In der siebenten Aufl. S. 404. 405.

Pflichten (z. B. zur Cautionsleistung u. s. w.) ob. Andrerseits kann er in dem gegenwärtigen Verfahren auch nicht mehr, als Entbindung von der Klage des Gegners erreichen, welche eintreten muss, gleichviel ob der Kläger nur beweisfällig geblieben ist, oder der Beklagte den Gegenbeweis eigenen Besitzes erbracht, oder auch der Kläger die Klage nach der Litiscontestation hat fallen lassen. Dafür bleibt dem Beklagten durchweg die Anstellung einer Nachklage aus eigenem Besitze offen. In allen diesen Fragen würde vom Standpunkt der Duplizitätstheorie anders zu entscheiden sein.

Wenn dagegen jeder Theil wider den andern klagt, so bestimmt bei etwaiger Verschiedenheit der Gerichtsstände die mit der Insinuation eintretende Litispendenz den Vorzug des Forums[297]). Dabei wird auch die Gerichtsbarkeit nicht etwa nach Analogie der l. 11. § 2. D. de iurisd. II. 1. durch Zusammenrechnung der beiderseitigen Ansprüche, sondern durch den Betrag jedes einzelnen begründet[298]). Sodann hat jeder Theil für seinen Anspruch sowohl die Pflichten, als die Rechte des Klägers: sofern er einer *auctorisatio ad agendum* bedarf, hat er diese beizubringen, er kann zur Cautionsleistung angehalten werden, er muss Beweis führen, und es können ihn die Contumacialfolgen sowohl als Kläger wie als Beklagten treffen. Insbesondre kann auch eine der beiden Klagen zurückgenommen, die andre fortgeführt werden; werden beide fortgesetzt, so ist auf jede von beiden ein Urtheil zu erlassen, welches denkbarer Weise auch beide Ansprüche verwerfen kann; es kann ferner auch, wenn ein Erkenntniss condemnatorisch, das andre abweisend lautet, gegen jenes und nicht zugleich gegen dieses ein Rechtsmittel ergriffen werden; und es sind endlich auch die Kosten nicht bloss für eine, sondern für zwei Klagen zu berechnen. Auch in diesen Beziehungen muss vom Standpunkt der Einheit des Besitzstreitverhältnisses durchweg anders geurtheilt werden. Wie sehr aber dem praktischen Bedürfniss eine Behandlung der Besitzklagen nach den allgemeinen Regeln genügt, mag zum Schlusse auch noch daraus entnommen werden, dass das Preussische Recht die Duplizität derselben grundsätzlich nicht kennt, sondern nur bei Zweifelhaftigkeit des letzten ruhigen Besitzstandes dem Richter die Regu-

---

[297]) Vgl. Wetzell System § 42. Anm. 10.

[298]) A. M. wie oben S. 83 erwähnt, ist Cuiacius.

lirung eines Interimisticums gestattet[299]), und dass auch die neueren Prozessordnungsentwürfe eine anomale Vorschrift über diese Materie in keiner Weise für nöthig erachtet haben. So erklärt insbesondere der Preussische Entwurf von 1864 in den Motiven ausdrücklich, dass er in Uebereinstimmung mit dem französischen Recht die Besitzklagen ebenso, wie alle andern behandelt wissen wolle, und enthält daher auch im Text nur einige negative Bestimmungen, wie z. B. das Verbot des *possessorium summariissimum*, und einer petitorischen Widerklage. Noch weiter aber geht der Entwurf einer Prozessordnung für den Norddeutschen Bund, indem er unter Weglassung aller besondern Vorschriften das *Summariissimum* durch den Abschnitt „von den einstweiligen Anordnungen" und die Duplizität durch den Abschnitt von der Widerklage für erledigt ansieht[300]).

---

[299]) Vgl. §§ 150—159. Allg. Landr. I. 7. Allg. Ger.-Ord. I. 31. Förster Theorie und Praxis des Preuss. Priv. R. III. § 162 a. E. S. 94.

[300]) Entwurf einer Prozessordnung für den Preuss. Staat. Berlin 1864. §§ 837—843 und Motive S. 208 ff. Entw. einer Prozessordnung für d. Norddeutschen Bund §§ 701—712. 191.

[illegible] lagen.

[illegible] hes.

[illegible] gsklagen waren die *actiones* [illegible] *undae*[301]) bekanntlich schon [illegible] regelt[302]). Dieselben wurden [illegible] Formen der *legis actio per* [illegible] t und somit durch eine feier- [illegible] B. die Erbtheilungsklage mit

[illegible] *hi communis est hercto non* [illegible] *or iudicem arbitrumve postulo*

[illegible] *ndae* wird noch immer vielfach [illegible] es sei verkürzt aus *hercti-cis-* [illegible] rticipiums „*herctum*" und eines [illegible] *e* (vgl. statt Aller Glück XI. S. 2), [illegible] se streiten dann weiter darüber, [illegible] oder etwa von einem altlateini- [illegible] Rh. Mus. VI. S. 280) herkomme. [illegible] endung „*herctum cieri*" bei Cic. [illegible] inum und erklären darnach das [illegible] Pr. § 17. a. E. Rudorff, edictum [illegible] en (Krit. Beitr. z. lat. Formenl. [illegible] die wahre Ableitung dargethan. [illegible] p eines alten Verbums *hercio* (von [illegible] n Inchoativum, also = ich fange [illegible] *fam. herc.* = Erbforderungsklage

[illegible] 2. 5. bei Bruns fontes iur. Rom. [illegible] § 22.

und in ähnlicher Weise die *actio finium regundorum*. Nach geschehener Untersuchung erfolgte schon damals die Auseinandersetzung mittelst einer *adiudicatio*[304]) von Seiten des arbiter, welche dem Adjudikatar das Recht des Genossen mit civiler Wirkung übertrug.

Wann sich aus jenen beiden Spezialklagen die allgemeine *actio communi dividundo* entwickelt, und wann hier der Uebergang aus den *legis actiones* in den Formularprozess Statt gefunden habe[305]), lässt sich nicht feststellen. Ebenso wenig ist uns der Wortlaut der Formel, durch welche zur klassischen Zeit der Theilungsrichter instruirt wurde, überliefert. Indessen wissen wir von der letzteren wenigstens soviel, dass sie die Vollmacht sowohl zur Uebertragung des den Genossen zuständigen Rechts an der Sache, als zur persönlichen Condemnation umfasste[306]). Von den darnach gemachten Wiederherstellungsversuchen ist ganz eigenthümlich derjenige Puchta's, der für jede Partei eine besondere mit der Adjudikation verbundene Intention voraussetzt und dieser dann noch eine zweite für beide Theile gemeinsame, von der Condemnation begleitete folgen lässt[307]). Allein eine derartige bald getrennte, bald vereinte Behandlung der Parteien ist weder an sich wahrscheinlich, noch durch Gaius IV. 42 genügend angedeutet. Weit besser begründet und im Wesentlichen völlig befriedigend ist dagegen der Vorschlag, den Rudorff neuerdings gemacht hat. Darnach wird der iudex zunächst zur Adjudikation an beide Parteien oder an einen *extraneus emtor* und dann ebenso zur Condemnation beider Parteien ermächtigt, die eine Vollmacht aber nicht, wie früher Keller (C. Pr. § 39) muthmasste, mit der andern „verbunden und verschlungen," sondern jede in einem besondern Satz ertheilt, so dass das Formelstück

---

[304]) Fr. Vat. § 49. (*Usus fructus*) *ex certo tempore — — an adiudicari possit, variatur. Videamus ne non possit, quia nulla legis actio prodita est de futuro.* Vgl. die Anmerkung Huschkes zu dieser Stelle in dessen Jurisprud. anteiust.

[305]) Auf die *act. comm. div.* spielt Cicero an: Fam. VII. 12. § 4. Den Uebergang der act. fam. herc. vermuthet Rudorff zu Puchta Inst. III, § 314. Anm. mm. erst nach der *lex Iulia;* Keller C.-Pr. § 25: „ganz von Anfang an und gleichsam von selbst."

[306]) l. 4. § 3. D. comm. div. X. 3. l. 22. § 4. D. fam. herc. X. 2.

[307]) Puchta Inst. II, § 167. Anm. i.

treue Wiedergabe heraus-

er Theilungsklagen beziehn
ante Bezeichnung derselben
videntur, tam in rem, quam
[9]). Bei diesen Worten soll
rünglich herrühren, an die
nd die persönliche der *con-*
itutionen aber, für dessen
— geschlafen haben [310]).
keit einer solchen Bezichti-
auch der klassische Jurist
ens war die Intention hier
unpersönlich auf das Da-
sondern mit Nennung der
übertragung (*alteri ab altero*
te jedenfalls die *adiudicatio*
ondemnatio. Hiernach muss
gen aus einem materiellen

jene besondere Möglichkeit
n Kläger sein Antheilsrecht

fundus illi et illi communis est,
rovocavit, quantum ob eam rem
id iudex alteri aut Titio ad-
n dare facere praestare oportet
Gegen diese Rekonstruktion ist
2. genannte Titius nicht als der
97. aufgefasst werden darf, weil
qua permittitur rem alicui ex
mit Titius wohl eine Partei be-
er auf alle passt. In der Formel
nt und dann hinzugefügt „*vel ex-*
auch noch die Communionsquoten
in. 1. 40. D. fam. herc.
ndts Lehrb. § 97. Anm. 7. Vgl.

heils dinglich, theils persönlich
erden.

bestritten wird, der *arbiter comm. div. implicite* auch über diess, als einen Theil des Klagegrundes zu entscheiden hat[312]). Doch diese Möglichkeit ist theils so fernliegend und zufällig, theils den Theilungsklagen so offenbar mit andern Klagen, z. B. der *actio aquae pluviae arcendae*, gemeinsam[313]), dass auch sie nicht als Grundlage jenes Sprachgebrauchs anerkannt werden kann. Noch anders fasst die Sache Brinz,[314]) indem er die Theilungsklagen überhaupt vorwiegend für Klagen aus dem zu theilenden dinglichen Recht und nur nebenher für Klagen aus persönlichen Ansprüchen erklärt: aber sicherlich unrömisch, da der Theilungsanspruch eben nicht absolut gegen jeden dritten, (*in rem*), sondern nur gegen den Communionsgenossen (*in personam*) erhoben werden kann.[315]).

Das Richtige haben gewiss schon Aeltere ausgesprochen, wenn sie jene Eigenthümlichkeit der Theilungsklagen auf ihren Erfolg bezogen, insofern derselbe theils in der Begründung dinglicher Rechte, theils in der Verpflichtung zu persönlichen Leistungen besteht[316]). Dadurch bekommt das Resultat der Theilungsklagen eine gewisse Aehnlichkeit mit demjenigen der Vindikation, und diese Eigenthümlichkeit wird auch sonst an den Theilungsklagen hervorgehoben[317]). Dass sie aber auch dem Verfasser des § 20 a. a. O. vorgeschwebt hat, darauf weisst zum Ueberfluss noch dessen Zusammenhang mit den vorangehenden, das Ziel der Klagen besprechenden Paragraphen hin. Eine praktische Consequenz davon ist, dass man auf die Thei-

---

[312]) Arg. l. 1. § 1. D. fam. herc. X. 2. So schon Theophilus. Später Duroi Arch. f. civ. Pr. VI. S. 428; und jetzt z. B. Savigny Syst. V. S. 36. Rudorff zu Puchta Vorl. § 83. Anm. 3. Keller C. Pr. Anm. 1094. Sintenis Gem. Civ. R. § 29. Anm. 13.

[313]) l. 6. § 4. D. aq. pluv. arc. XXXIX. 3. Mit demselben Recht könnten alle Prozesse, zu deren Entscheidung der Richter zufällig auch eine an sich selbständige Frage zu untersuchen hat, „gemischt" genannt werden, z. B. wenn die Frage, ob jemand *civis* sei, als Incidentpunkt zur Sprache kommt. Vgl. Planck Mehrheit S. 58.

[314]) Lehrb. d. Pand. I. S. 229.

[315]) l. 1. D. fin. reg. X. I. l. 1. § 1. C. de ann. exc. VII. 40, wo alle drei Theilungsklagen ausdrücklich zu den *personales actiones* gezählt werden.

[316]) Donellus comm. iur. civ. l. XXI. c. 1. Löhr im Magazin f. R. W. u. Gesetzgeb. IV. S. 21—23. So auch Böcking Pandekten d. Röm. Priv. R. I. § 131 g.

[317]) l. 22. § 4. D. fam. herc. X. 2.

z. B. das *forum rei sitae*

umsgemeinschaft.

ungen der Theilungsklagen,
Justinianeischem und heu-
n und und Grossen einig.
insame Zuständigkeit eines
nde für mehrere Personen,
naloges quasicontraktliches
und verfolgen den hieraus
er auf Aufhebung der Ge-
der Name Theilungsklagen
Bezeichnung, wie z. B. Ge-
rde. Indessen besteht nun
he Meinungsverschiedenheit
ines sichern Bodens zweck-
dieser Klagen kurz zu be-
onderheiten der *actio finium*
ehn hier zu weit führen

elchem eine Theilungsklage
nschaft zu ideellen Theilen:
gemeinschaft. Von diesen
auf welches sich Bekkers
de die allgemeinsten Fragen,
h immer die am wenigsten
?), und welches daher eine
nt.
die Getheiltheit gewöhnlich
e, schien in letzter Zeit die
h zunächst das Recht (der

ist. Abhandlungen I. S. 134.
träge zur Geschichte des Röm.

aus, in Pözl's krit. V. J. Schr.

Rechtsinhalt), als getheilt zu denken ist, sodann aber im Sprachgebrauch, gleichsam als „Projektion"[321]) dieser *partes dominii* auf den Gegenstand, entsprechende Sachtheile substituirt werden[322]). Indessen ist davon neuerdings wieder Windscheid abgewichen, indem er lehrt, das Eigenthumsrecht sei keineswegs zwischen den mehreren Miteigenthümern getheilt, sondern stehe jedem derselben als ungetheiltes ganz zu; das wirklich zwischen ihnen getheilte sei nur der Werth der Sache, oder die Sache als Werthobjekt gedacht[323]).

Damit hält Windscheid für die intellektuellen Antheile der Miteigenthümer diejenige Auffassung fest, welche Girtanner für das Eigenthum überhaupt aufgestellt hat: dass es das Recht an der Bestimmung der Sache sei, d. h. an ihrem Werthe[324]); und zwar ist Windscheid so consequent, in dieser Beziehung mit dem Eigenthum auch alle anderen intellektuell theilbaren Rechte, insbesondere das Erbrecht, gleichzustellen[325]). Allein die ganze Auffassung ist unhaltbar.

Man kann derselben so viel als richtig zugeben, dass die intellektuellen Theile ihre Hauptwichtigkeit bei der Verwerthung der Sache haben, und dass die Römer eben desshalb bei allen Rechten, die keinen Ertrag gewähren oder doch keinen Umsatz des Ertrages in Geld gestatten, die Theilung ausschliessen; wie z. B. beim Gebrauchsrecht und den Prädialservituten[326]). Darum aber ist es noch keineswegs gerechtfertigt, bei den für theilbar erklärten Rechten

---

321) F. P. Bremer Hypothek und Grundschuld S. 26.

322) S. vorzüglich Unger östr. Priv. R. I. § 67. Arndts Lehrb. § 53. Anm. 5. Ubbelohde die Lehre von den untheilb. Obl. S. 3. 4. — Der Zwiespalt zwischen Wächter (Arch. f. Civ. Pr. XXVII. 4.) u. Böcking (Pand. § 75) läuft zuletzt auf einen Wortstreit über den Ausdruck *indivisae* hinaus. Wächter versteht dies als: „unwirklich, fingirt" und bezieht es daher auf die Sache, Böcking als „unkörperlich" und daher auf das Recht bezüglich. Uebrigens stimmen beide darin überein, dass die Getheiltheit zunächst das Recht betreffe.

323) Windscheid Pandektenrecht I. § 140. Anm. 4. § 169a.

324) Girtanner in d. Jahrb. f. Dogm. III. S. 243.

325) Windscheid a. a. O. I. § 205. § 226a. III. § 528. Anm. 5.

326) Windscheid I. § 209. Nr. 8. § 207. a. E. Vgl. Baron Gesammtrechtsverh. S. 134., nur dass dieser auch den Niessbrauch für untheilbar ausgiebt S. 175., während Ubbelohde a. a. O. S. 12. 15. umgekehrt unter Umständen auch den usus und die Prädial-Servituten als theilbar ansieht. Richtige Bemerkungen über die Theilbarkeit macht auch F. P. Bremer a. a. O. S. 24 ff.

die Theile nunmehr lediglich in Bezug auf die Verwerthung gelten zu lassen. Hiergegen spricht zunächst der Umstand, dass die Römer zur Bezeichnung der Getheiltheit durchweg solche Ausdrücke wählen, welche auf den Werth der Sache auch nicht entfernt anspielen: *pro parte dominium habere, portiones dominii* oder *dominicae* [327]) u. s. w. Wichtiger noch ist, dass Windscheids Begriffsbestimmung, wie jede, welche das Eigenthum für ungetheilt erklärt, im wesentlichen wieder zu dem alten, von ihm selbst verworfenen *condominium plurium in solidum* und damit zu falschen praktischen Consequenzen hinführt. So würde vor allem daraus folgen, dass eine *pars pro indiviso* niemals herrenlos sein könnte, sondern sobald sie derelinquirt würde, dem Genossen anwachsen und also z. B. von diesem, wenn er seinen ideellen Theil vorher verkauft hatte, dem Käufer mit übereignet werden müsste. Und das wird auch in der That von Windscheid, wie vor ihm schon von andern behauptet [328]). Allein diese Ansicht steht im geraden Widerspruch mit l. 3. D. pro derel. XLI. 7, wo Modestinus sagt, ein intellektueller Theil könne zwar nicht vom Alleineigenthümer, wohl aber vom Miteigenthümer derelinquirt werden, so dass insoweit vom Theil dasselbe gelte, wie vom Ganzen [329]). Sie tritt ebenso in Widerspruch mit allen den Stellen, welche die Auseinandersetzung zwischen zwei Miteigenthümern als eine Art

---

[327]) S. l. 5. § 15. D. comm. XIII. 6. l. 5. pr. D. de stip. serv. XLV. 3. l. 7. pr. l. 37. eod. l. 40. § 4. D. damn. inf. XXXIX. 2.

[328]) Windscheid § 169[a]. Anm. 5. Girtanner a. a. O. S. 262. Böcking Pand. II. S. 183. Pagenstecher die Lehre vom Eigenthum I. S. 28; und auch Ihering Abhandlungen aus d. Röm. R. S. 9. Jahrb. f. Dogm. X. S. 262.

[329]) *An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. Et quidem si in re communi socius partem suam (de)reliquerit, eius esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto. Atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.* Offenbar will hier Modestinus die Herrenlosigkeit (*pro derelicto haberi*) in dem ersten Falle für möglich, in dem zweiten für unmöglich erklären. Durch Accrescenz aber würde dieselbe in allen Fällen gleichmässig ausgeschlossen sein! Darum können auch die Worte „*ut hoc sit in parte*“ nicht bloss den Eigenthumsverlust des Derelinquenten ausdrücken wollen. (Böcking.) Noch weniger freilich können sie positiv eine Anerkennung der Accrescenz enthalten. (Pagenstecher.) Dazu müssten sie lauten: *ut hoc sit in parte, quod in reliquis portionibus.* Richtig erklärt die Stelle Göppert Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum S. 49. vgl. Keller Pand. § 137. Anm. 2. Anders begründet dasselbe Resultat Baron S. 408.

Kauf oder Tausch auffassen und desshalb Tradition erfordern[330]), während doch nach Windscheid vielmehr Accrescenz und Consolidation eintreten müsste! Und sie widerspricht endlich dem ganzen Wesen des Accrescenzrechts, welches seiner Natur nach singulär und nur in den vom Römischen Recht bestimmt bezeichneten Fällen anzuerkennen, nicht aber über das ganze Rechtsgebiet auszudehnen ist. Freilich beruft sich Windscheid darauf, dass nach klassischem Recht der Antheil an einem durch den Miteigenthümer freigelassenen Sklaven dem Genossen anwuchs[331]). Indessen jene Vorschrift enthielt doch gewiss nichts anderes, als eine positive Abhilfe gegen den Uebelstand einer theilweisen Freiheit, den Justinian später auf andre Weise beseitigen zu müssen glaubte[332]), der aber gar nicht denkbar gewesen wäre bei einem allgemeinen Anwachsungsrecht unter Miteigenthümern. In Wahrheit ist die Accrescenz am Sklaven nicht minder anomal, als diejenige zu Gunsten des *socius liberalitatis imperialis* nach l. un. C. si liberal. X. 14. Die andere Meinung dagegen, welche die Accrescenz für eine allgemeine Folge der Mitberechtigung hält, ist bekanntlich schon bei der Erb- und sonstigen Gemeinschaftstheilung zwar aufgestellt[333]), aber von anderer Seite schlagend widerlegt worden[334]). Auf den Ususfruktus, das Pfandrecht u. s. w., auf welche sie sich doch folgerecht ebenfalls beziehen müsste, hat sie bisher noch Niemand auszudehnen versucht[335]).

Eine zweite Consequenz, zu der die Ungetheiltheit des Eigenthums leiten würde, besteht darin, dass nach ihr doch jeder Ge-

---

330) S. z. B. l. 15. C. fam. herc. III. 36. l. 2. C. comm. utr. iud. III. 38. l. 1. eod. l. 7. § 13. D. comm. div. X. 3. l. 20. § 3. D. fam. herc. X. 2. Vgl. überhaupt Göppert a. a. O. S. 52ff.

331) Ulp. I. 18. Windscheid § 169a. Anm. 5.

332) l. 1. pr. § 7. C. de comm. serv. manum. VII. 7. Vgl. Göppert a. a. O. S. 48. 49.

333) So namentlich von C. F. Koch (Recht der Forderungen III. S. 654. und Commentar zum Allg. Landr. Anm. 3. zu Th. I. Tit. II. § 1.) und im Anschluss an diesen von dem Ober-Tribunal zu Berlin; z. B. Entsch. XL. S. 126. und XXXV. S. 352.

334) Diese Aufgabe hat sich gestellt und vollkommen gelöst die mehrfach citirte Schrift von Göppert.

335) Denn wenn Baron a. a. O. S. 178. ein allgemeines Accrescenzrecht unter Cousufruktuaren annimmt, so gründet er diess nicht auf intellektuelle Theilung, sondern auf Gesammtberechtigung. S. dawider Vangerow II. S. 535—541.

nosse die Befugniss haben müsste, zu Gunsten der Sache selbständig Rechte zu erwerben, wie z. B. Prädialservituten. Aber auch dieser Satz ist in den Quellen, wie bekannt, ausdrücklich verworfen[336]).

Endlich liesse sich noch fragen, wie es bei der Ungetheiltheit des Eigenthums zu denken wäre, dass ein Miteigenthümer die *pars pro indiviso* seines Genossen kaufen kann,[337]) da doch *emtio rei suae non valet*?[338]) und ob nicht ein Diebstahl des Miteigenthümers an der in seinem ungetheilten Eigenthum stehenden Sache unmöglich werden würde[339]).

Allen diesen Bedenken gegenüber bleibt für Windscheid als Symptom ungetheilten Eigenthums nur der Satz, dass ein im Miteigenthum stehender Sklave das, was er dem einen Miteigenthümer nicht erwerben kann, dem andern erwirbt, und etwa noch die Gesammthaftung der Miteigenthümer bei Noxalklagen[340]). Doch der Grund der letzteren Regel ist vielmehr darin zu suchen, dass wie bei den Noxalklagen der Eigenthümer überhaupt für ein fremdes Vergehen verantwortlich gemacht wird[341]), so auch gegen mehrere Miteigenthümer die Zurechnung nicht anders Statt findet, als gegen mehrere Delinquenten, d. h. *in solidum*. Und was den Erwerb durch gemeinschaftliche Sklaven betrifft, so ist derselbe mit Rücksicht auf die Willensfähigkeit dieses Instruments ganz besonders geregelt. Ein solcher Sklave kann je nach seiner Absicht entweder für den einen oder den anderen seiner Herren allein[342]), oder für beide zusammen erwerben. In dem letzteren Falle werden dingliche Rechte denselben *pro partibus indivisis* gemeinsam, Forderungen aber *ipso iure* getheilt[343]), während diese nach der Windscheid'schen

---

[336]) l. 18. D. comm. praed. VIII. 4.

[337]) l. 18. pr. D. de contr. emt. XVIII. 1. *Sed si communis ea res emtori cum alio sit, dici debet scisso pretio pro portione pro parte emtionem valere, pro parte non valere.*

[338]) l. 16. pr. 39. pr. D. de contr. emt. XVIII. 1.

[339]) Dass wenigstens von dem Standpunkt des *condominium plurium in solidum* ein Diebstahl des Gesammteigenthümers auszuschliessen sei, darüber s. Baron in Schering's Anleitung zu Referaten (Berlin 1860) S. 186.

[340]) Windscheid I. § 169a. Anm. 5. und II. § 297. Anm. 7. § 298. Anm. 17.

[341]) Darüber s. Vangerow III. § 689.

[342]) L. L. 5. 6. 7. pr. § 1. l. 8. 17. 28. § 3. D. de stip. serv. XLV. 3.

[343]) L. L. 4. 5. 7. pr. § 1. l. 19. l. 37. eod. Ausnahme: l. 29. eod.

Auffassung doch wohl korreal werden müssten[344]). Ist nun einmal eine Theilung durch Unfähigkeit des einen Miteigenthümers ausgeschlossen, so kommt der Erwerb allerdings ganz dem andern zu. Allein die Erklärung hierfür nehmen die Quellen keineswegs aus der Ungetheiltheit des Eigenthums, sondern aus der zweckmässigen Fiktion, dass der Sklave das Geschäft gewissermassen zwei Mal d. h. *principaliter* für jeden Miteigenthümer ganz geschlossen habe[345]).

Endlich fällt noch gegen Windscheids Auffassung der Intellektualtheilung der Umstand ins Gewicht, dass die betreffenden Bruchtheile nicht bloss da, wo es sich unmittelbar um Verwerthung der Sache handelt, sondern auch in anderen Beziehungen wichtig werden können. Man kann dahin schon den Satz rechnen, dass zum Mitbesitz von vornherein die Richtung des Willens auf eine bestimmte Quote verlangt wird[346]). Namentlich aber ist hervorzuheben, was auch Windscheid selbst erwähnt, dass nach neueren Gesetzen auch für den Beschluss gewisser Verfügungen über die Sache selbst, die Mehrheit der Eigenthumstheile massgebend ist[347]).

Nach alledem wird man bei der herrschenden Auffassung stehen bleiben und die intellektuellen Theile auf den Rechtsinhalt beziehen dürfen. Wenn Windscheid dagegen einwendet, wer die Befugniss, seinen Willen in einer bestimmten Weise geltend zu machen, nur zum Theil habe, der habe gar nichts,[348]) so ist zu erwiedern: Ein solcher hat vielmehr die Befugniss, seinen Willen mit demjenigen anderer vereint zur Geltung zu bringen. Wenn das Recht nach Windscheid ein Wollen-Dürfen ist, so ist der intellektuelle Rechtstheil als ein Mit-Wollen-Dürfen zu begreifen.

---

[344]) Dass die Miteigenthümer, die dem Sklaven gemeinsam ein Pekulium übertragen haben, solidarisch haften (l. 15. fin. D. de pecul. XV. 1. l. 9. D. comm. div. X. 3.) folgt natürlich aus der Untheilbarkeit ihres Auftrags.

[345]) L. 1. § 4. D. de stip. serv. XLV. 3. *Communis servus duorum servorum personam sustinet; idcirco etc.* Dass es eben auf den (wirklichen oder fingirten) Willen des Sklaven und nicht auf die Ungetheiltheit des Eigenthums an demselben ankommt, zeigt auch l. 1. §§ 17. 18. 19. D. de acq. poss. XLI. 2. Vgl. übrigens l. 20 D. de leg. II. und auch Baron Gesammtrechtsv. S. 407.

[346]) L. 32. § 2. D. de usurp. XLI. 3. l. 3. § 2 D. de acq. poss. XLI. 2.

[347]) Allg. deutsches Handelsgesetzb. Art. 458 (Majoritätsbeschlüsse der Mitrheder). Auch Preuss. Landr. §§. 12. 19. 20. 37. 91. I. 17.

[348]) Windscheid I. § 140. Anm. 4. § 169a Anm. 5.

meinschaft nun war die Thei-
begründet. War das Dasein
te der Kläger, wie bekannt,
n non fiat genöthigt werden,
en. Nur in dem Falle ver-
r sich bereits im Besitze des
. Denn hier hatte der Thei-
Eigenthumsfrage zu entschei-
sonderes, was nicht bei allen
setzung hatten, ebenso Rech-
age ist mit dem Wegfall be-
g eines Theilungsklägers auf
pt unpraktisch, da derselbe,
nthums- und Theilungsklage
cando ~~oder~~ in einem Zwischen-
hun kann[351]). Zum Ziel der
des Eigenthums unter keinen

ddundo ist vielmehr ein doppel-
andern verlangen kann:
die Natur der Rechtsgemein-
en ist; insbesondre, dass der
berechtigung in den durch Ge-
Gränzen, wie z. B. einen un-
n Gegenstandes, gestatte, auch
usübung enthalte[353]), dass er
samen Interesse nothwendigen
die dadurch erwachsenen Un-
), sowie endlich, dass er den

t u. A. m.) tragen die Römischen
dagegen Sintenis Gem. Civ. R. III.

énannten mehr oder minder thun.
l. 26. D. de serv. pr. urb. VIII. 2.
erv. leg. XXXIII. 3. l. 3. §§ 1. 2.
38. VIII. 345. IX. 268. XVI. 193.
2. l. 12. D. comm. div. X. 3. Paull.

aus Mitteln der Gemeinschaft gezogenen Sondergewinn mit dem Kläger theile und den durch seine — des Beklagten — Schuld dem andern zugefügten Schaden ersetze[355]);

2) eine Auseinandersetzung der Gemeinschaft selbst durch eine Disposition über das an der Sache zuständige Recht, sei es der Substanz, sei es der Ausübung nach[356]).

Von diesen beiden Richtungen ist die zweite die älteste und ursprünglich einzige, wie sich aus dem Namen der Klage (*communi dividundo*) schliessen lässt. Mit ihr war der Anspruch auf die zu 1) erwähnten *praestationes personales* zunächst wohl nur accessorisch verknüpft. Indessen ist derselbe schon bei den klassischen Juristen auch als selbstständig verfolgbar klar anerkannt, und nach dem heutigen Recht kann er unzweifelhaft ganz unabhängig von der Auflösung des Gemeinschaftsverhältnisses, also sowohl während der Fortdauer, als nach dem Erlöschen desselben geltend gemacht werden[357]). Freilich wird diess noch in neuerer Zeit hier und da bestritten[358]). Allein entscheidend dafür ist, abgesehn von den Quellenaussprüchen, dass die Rechtsgemeinschaft zu intellektuellen Theilen von den Römern als ein quasikontraktliches, der Sozietät analoges Verhältniss aufgefasst wird[359]), und als solches zu jenen Ansprüchen führen müsste, selbst wenn eine Theilungspflicht daraus nicht entspränge. Die Theilungspflicht erscheint heut zu Tage eigentlich nur als der Gipfel des Gemeinschaftsanspruchs. Wenn aber ein Gemeinschafter so weit nicht gehn will oder kann, sondern sich mit dem Minderen, d. h. dem Verlangen nach Beobachtung der gesetzlichen Gränzen bei bestehender Gemeinschaft begnügt, so ist nicht abzusehn, warum diesem Antrage nicht stattgegeben werden sollte. Ohnehin ist zwischen dem Anspruch auf Duldung einer Mit-Benutzung und auf Auseinandersetzung der Ausübung nach Mass und Zeit ein so geringer

---

355) L. 3. pr. l. 6. §§ 2. 4. l. 8. § 2. l. 10. pr. l. 24 pr. D. comm. div. X. 3. und überhaupt Windscheid Pandektenr. II. §. 419. S. 625.

356) Bei unveräusserlichen Rechten kann allemal nur über die Ausübung disponirt werden. Folglich muss unter Umständen auch beim Eigenthum die Auseinandersetzung darauf beschränkt werden können. S. unten Anm. 373.

357) Vgl. ausser den Stellen in Anm. 353—355 noch l. 11. D. comm. div. X. 3. (*post interitum rei communis*) l. 14. § 1. l. 6. § 1. D. eod. (*quoties communis esse desiit.*) Sintenis Gem. Civ. R. II. § 122 Anm. 23. 24. und Windscheid a. a. O.

358) Z. B. Unterholzner Schuldverhältnisse S. 394 ff. Seuff. Arch. IX. 268.

359) L. 25. § 16. D. fam. herc. X. 2. § 3. J. de obl. quasi ex contr. III. 27.

Unterschied, dass es völlig verkehrt wäre, den letzteren zuzulassen und den ersteren zu läugnen.

Ebenso unrichtig ist es, wenn manche bestreiten, dass man überhaupt von einer Obligation zur Auseinandersetzung reden dürfe[360]). Denn ein Recht über eine bestimmte Person auf Leistung, beziehungsweise Duldung, mag es nun unmittelbar aus dem Eigenthum oder aus welchem Grunde sonst hervorgehn, ist immer eine Obligation. Allerdings ist es nicht nothwendig, dass über den Anspruch auf Auseinandersetzung Streit sei, sondern die Gemeinschafter können auch übereinstimmend deren Ausführung durch den Richter erbitten[361]); so gut wie sie dieselbe sogar aussergerichtlich bewirken dürfen[362]). Andrerseits aber kommt doch auch ein Streit über jenen Anspruch nicht eben selten in den Quellen vor, es werden Exceptionen erwähnt, durch die der eine Theil den Anspruch des andern abwehrt[363]); ja der ganze Name *actio communi dividundo* zeigt am deutlichsten, dass diess Rechtsmittel zur Ueberwindung des der Auseinandersetzung widersprechenden Genossen bestimmt ist. Es liesse sich ja auch denken, dass in einem Falle die Genossen über die Art und Weise der eventuellen Theilung vollkommen einig wären und nur über das Recht, eine solche zu verlangen, stritten. Sollte dann nicht gerade über die blosse Frage nach der Theilungspflicht die *actio communi dividundo* zu erheben sein? Im Einzelnen hat der Anspruch auf die sogenannten *praestationes personales* nichts Besonderes und bedarf daher auch keiner weiteren Besprechung. Ausführlicher dagegen ist noch über die Auseinandersetzungspflicht zu handeln.

Hat der Richter dieselbe als vorhanden erkannt, so ist damit ihr Inhalt noch keineswegs bestimmt; vielmehr gestaltet sich der-

---

360) Brinz Pandekten I. S. 250. Zimmermann Archiv für civilist. Praxis XXXIV S. 195. 201. 202.

361) Darauf zielt der Ausdruck *iurgium* in l. 57 D. D. fam. herc X. 2. womit zu vergleichen ist Nonius Marcellus de diff. verb. V. 38: *iurgium levior res est - - inter benevolos aut propinquos dissensus vel concertatio.* S. auch Puchta Inst. II. § 154. Anm. c.

362) L. 36. D. fam. herc. X. 2. *si sine iudice diviserint*; l. 20. § 3. eod. l. 2. 7. C. comm. utr. iud. III. 38 *pactum* oder *placitum divisionis.*

363) L. 19. § 1 D. comm. div. X. 3. *De vestibulo communi binarum aedium arbiter invito utrolibet dari non debet.* l. 6. § 9 D. eod.: *pignoratitia exceptione summoveri debere.* l. 13. l. 14. §§ 2. 3. l. 29 § 1 D. eod. l. ult. C. eod. III. 37. l. 18 D. de exceptt. XLIV. 1. l. 16. § 1 D. pro soc. XVII. 2.

selbe ganz verschieden je nach der Lage der Umstände und den Interessen der Parteien. Soweit die letzteren über die Art und Weise der Auseinandersetzung übereinstimmen, sind ihre Vorschläge auch für den Richter massgebend[364]). Abgesehn hiervon aber ist diesem völlig freie Hand gelassen, und nur vereinzelt finden sich in den Quellen Andeutungen über ein zweckmässiges oder unzweckmässiges Verfahren[365]). Ueberblickt man nun alle denkbaren Theilungsformen, so lassen sich dieselben auf folgende Hauptkategorieen zurückführen:

1. Der Gegenstand der Gemeinschaft wird körperlich zerlegt, und jedem der Genossen das ausschliessliche Recht an einem der nunmehr selbständig gewordenen Theile zugewiesen[366]);

2. Der Gegenstand bleibt ungetheilt, aber das Recht daran wird einem Genossen ausschliesslich übertragen, und den andern für ihre Anrechte eine Abfindung gewährt. Und zwar kann diese Abfindung bestehn entweder in einer Geldleistung, deren Betrag zweckmässig durch eine vorherige Licitation unter den Parteien ermittelt wird[367]), oder in dinglichen Rechten an der nunmehr jenem ersten zugehörigen Sache, z. B. einem Ususfruktus[368]), oder wenn mehrere Sachen gemeinsam sind, in der Ueberlassung einer andern Sache[369]); oder endlich auch in sonstigen Vortheilen.

Natürlich kann eine solche Abfindung auch mit der zu 1. erwähnten Theilungsform verbunden werden, falls bei dieser die angeordneten Realtheile ungleich ausgefallen sind[370]).

3. Die Rechte aller Genossen werden gegen Entgelt an einen Fremden veräussert, und der Erlös wird unter die Genossen vertheilt[371]).

4. Die Rechte der Genossen als solche bleiben unberührt, und

---

364) L. 3. § 1. l. 21 D. comm. div. X. 3.

365) L. 7. pr. D. comm. div. X. 3. l. 55 D. fam. herc. X. 2.

366) §§ 4. 5. J. de off. iud. IV. 17. l. 7. § 1 D. comm. div. X. 3. l. 22. § 2 D. fam. herc. X. 2. Seuff. Arch. I. 98. XV. 125.

367) § 5. J. cit. l. 22 § 1. l. 55 D. fam. herc. X. 2. Seuff. Arch. I. 261. XV. 125.

368) L. 16. § 1. 2. D. fam. herc. X. 2. l. 6. § 10 D. comm. div. l. 7. § 1. l. 18 D. eod.

369) L. 3. C. comm. div. III. 37. l. 77. § 18 D. de leg. II. Seuff. Arch. I. 98.

370) L. 7. § 1 D. comm. div. X. 3. l. 22. § 3 D. fam. herc. X. 2. §§ 4. 5. J. de off. iud. IV. 17.

371) L. 3. C. comm. div III. 37. Seuff. Arch. XVIII. 35. XV. 125.

nur die Ausübung derselben wird geregelt, so dass dieselbe entweder für jeden Genossen nach Zeit, Mass oder Raum genau bestimmt oder einem einzigen gegen Entschädigung der andern ausschliesslich überlassen oder auch auf Rechnung der Genossen einem Dritten gegen Entgelt abgetreten wird[372]).

Die zu 4. erwähnte Beschränkung der Auseinandersetzung auf die Ausübung wird zwar gewöhnlich bei der Eigenthumsgemeinschaft gar nicht als möglich mit aufgeführt. Indessen kann dieselbe hier ebenso nothwendig werden, wie bei Rechten, die ihrer Natur nach unveräusserlich sind: so z. B. wenn die Veräusserung des gemeinschaftlichen Gegenstandes durch Privatwillkür oder übereinstimmenden Antrag der Parteien ausgeschlossen, oder wenn der Gegenstand der Art ist, dass keiner Partei der Anspruch auf Benutzung desselben völlig entzogen werden dürfte[373]). Ueberhaupt können die obigen vier Grundformen in ihrer Anwendung auch auf das Mannigfachste modifizirt und combinirt werden, und zwar hat darin der Theilungsrichter heut zu Tage eine noch grössere Auswahl, als bei den Römern. So ist z. B. mit Recht darauf hingewiesen worden, dass die Gemeinschaft an einem Wohnhause unter Umständen am zweckmässigsten durch Bestellung superfiziarischer Rechte an den einzelnen Stockwerken und Gelassen aufzulösen sei[374]). Eben darum aber ist es auch unthunlich, über den Vorzug der einen Theilungsart vor der andern und über die Voraussetzungen, unter welchen diese oder jene auszuwenden sei, allgemeine Vorschriften zu ertheilen. In der Praxis haben sich darüber ganz entgegengesetzte Ansichten geltend gemacht, indem manche Gerichte als regelmässigen Weg der Auseinandersetzung die öffentliche Versteigerung bezeichneten[375]), andre dagegen dieselbe

---

[372]) Arg. l. 7. § 10. § 1 D. comm. div. X. 3. l. 13. § 3 D. de usufr. VII. 1.

[373]) Vgl. l. 19. § 1 D. comm. div. X. 3. (*vestibulum commune binarum aedium*) l. 4. § 1 D. eod. (*puteus communis*) und aus der neueren Praxis Seuff. Arch. VII. 176. XV. 126. XX. 32. (gemeinschaftliche Hofräume, Brunnen, Waschküche, Remise u. s. w. betreffend); sowie die ganz angemessenen Bestimmungen des Preuss. Allg. Landr. § 30 ff. l. 17. und dazu Entsch. des Ob. Trib. LIV. S. 137. und Förster Theorie u. Praxis III. § 182. S. 256.

[374]) Seuff. Arch. XX. 32. Anm. d. Herausgebers und die daselbst Citirten (Bluntschli u. Sarwey), vgl. auch Wächter, in der Sammlung von Abhandlungen der Leipziger Juristenfakultät S. 104. u. 28 ff.

[375]) Seuff. Arch. XVIII. 35. (Cassel) XX. 32. (Stuttgart).

erst in zweiter oder dritter Linie zur Anwendung bringen wollten[376]). Ebenso verschieden lauten auch die Bestimmungen der neueren Gesetzgebung[377]). Das Angemessenste möchte sein, nach dem Vorbilde des Römischen Rechts die Auswahl für jeden einzelnen Fall dem praktischen Takte des Richters zu überlassen, und ihm höchstens durch einige Fingerzeige zu Hilfe zu kommen; und diess hat denn auch das neue Sächsische Civilgesetzbuch gethan[378]).

Allgemein dagegen lässt sich für alle Fälle der Auseinandersetzung der Charakter des in derselben enthaltenen Rechtsgeschäfts bestimmen, und zwar als der eines gewöhnlichen zweiseitigen Veräusserungsvertrages, aus einer der vier Klassen *do ut des* u. s. w. Wenn ein Genosse seinen Rechtsantheil an der ganzen Sache oder an einem reellen Stück derselben dem andern überträgt und dafür von diesem Geld oder einen entsprechenden intellektuellen Theil erhält, so liegt darin ein dem Kauf, beziehungsweise dem Tausch analoges Geschäft (*do ut des*)[379]). Wenn ferner, wie namentlich bei Erbtheilungen, für die Ueberlassung von Miteigenthum ein andrer Vortheil, z. B. Abtretung von Forderungen oder Uebernahme von Schulden, gewährt wird, so ist diess ein unbenannter Vertrag (*do ut facias*)[380]). Endlich wenn jeder Genosse zu Gunsten des andern nur in der Ausübung seines Rechts beschränkt wird, so bildet auch das nur einen Austausch von Verzichten oder von Unterlassungspflichten (*facio ut facias* beziehungsweise *non facias*). Freilich lehren Manche abweichend hiervon, wie schon oben (bei Anm. 330) berührt ist, dass die Auseinandersetzung einer Gemeinschaft weder Kauf noch Tausch, sondern ein ganz eigenthümliches Geschäft sei (*necessaria distributio portionum pro*

---

376) Seuff. Arch. I. 98. (Wiesbaden) I. 261. (Oldenburg) XV. 125. (Dresden)

377) Preuss. Landr. §§ 87—90. I. 17. (In Ermanglung eines Uebereinkommens „über die Würdigung und Legung der Theile" öffentliche Versteigerung.) Vgl. Oestr. allg. bürgerl. Ges.-B. §§ 841—843 und Entw. eines allg. deutschen Oblig.-R. Art. 855. Andre Entwürfe citirt Seuffert Arch. XX. 32. Anm. 1.

378) §§ 341—344.

379) L. 1. C. comm. utr. iud. III. 38. (*divisionem vicem emtionis obtinere*). l. 7. § 13 D. comm. div. X. 3. (*per adiudicationem emere*). l. 3 C. comm. div. III. 37. (*unicuique adiudicantur compensatione invicem pretii facta*). l. 20. § 3. D. fam. herc. X. 2. Göppert Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum S. 54.

380) L. 77. § 18 D. de leg. II. l. 40. § 2 D. de part. II. 14. l. 20. § 3 D. fam. herc. X. 2. Göppert a. a. O.

Bestimmung des jedem ein-
m fortan ausschliesslich zu-
ler Erwerb des Alleineigen-
Succession, sondern durch
. Es ist diess die Ansicht,
eich aufgestellt worden ist,
lästigen Besitzveränderungs-
itdem fortgesetzt den franzö-
declaratif et non attributif
welche unberechtigter Weise
ssischen Gerichtshofes be-
t nach dem oben Gesagten
intellektuellen Rechtstheils
n der Accrescenz und steht
ussprüchen. Die Accrescenz
nomalieen, nur im Erbrecht
nf Grund der Verfügung des
rund der universalen Natur
n bei der Eigenthumsgemein-
ung, wo sie vorkommt, *ipso*
Willen des Veräusserers noch
verden; während der Ueber-
auf den andern gerade auf
einem dieselbe ersetzenden
durch Accrescenz ein neuer
nne dass der früher und der
zu einander treten. Beim
Genosse in das Anrecht des
diesem zustand. Damit über-
römischen Juristen die Aus-

almae Parisiorum urbis tit. 1. § 22.
Göppert S. 64.
iche Citate neuerer französischer

bei Förster Theorie u. Praxis III.
uch die in Anm. 328. Genannten
B. Windscheid § 449. die permu-
ort.

einandersetzung von Gemeinschaften überall nur als ein permutatorisches Geschäft [384]).

Mit dieser Auffassung sind zugleich alle jene wichtigen Consequenzen begründet, dass durch die Auseinandersetzung andre Rechtsbeziehungen, als die der Parteien zu dem gemeinschaftlichen Gegenstand nicht berührt werden [385]), dass mit dem veräusserten Antheil auch die auf denselben vorher gelegten Lasten auf den Erwerber mit übergehn [386]), dass der Veräusserer für die ihm angeblich zuständigen Rechte an der Sache (Eigenthum und resp. Besitz) nach den Regeln des Verkaufs oder Tauschs Gewähr zu leisten hat [387]) u. s. w. Alles diess gilt auch bei einer Privattheilung ganz ebenso, wie bei der durch den Richter bewirkten. In wie fern aber die letztere von der ersteren verschieden und als eine eigenthümliche Art des Prozesses anzusehn sei, darüber soll weiter unten gehandelt werden [388]).

§ 10.

Die Theilungsklage aus gemeinschaftlichem titulirten Besitz.

Von der Eigenthumsgemeinschaft ist die Theilungsklage, wie bekannt, analog ausgedehnt worden. Und zwar zunächst auf die *bonae fidei possessio*. Von der *actio communi dividundo* wird es ausdrücklich gesagt, dass sie auch dem zur *actio Publiciana* Berechtigten zustehe [389]). Das Gleiche muss aber auch von der *actio finium regundorum* gelten, theils weil sie *pro vindicatione rei est* [390]), theils wegen des in l. 136 D. d. reg. iur. L. 17 ausgesprochenen

---

[384]) S. die Citate in Anm. 379 u. 380.

[385]) L. 18. D. comm. div. X. 3. *Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest.*

[386]) L. 7. § 4. D. quib. mod. pign. solv. XX. 6. L. 17. D. de usurp. XLI. 3. l. 31 D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2.

[387]) L. 7. C. comm. utr. iud. III. 38. Ausser der Eigenthumsverschaffung kann auch Einräumung des Besitzes verlangt werden. Aehnlich Seuff. Arch. VIII. 37. XIX. 147.

[388]) S. § 14.

[389]) L. 7. § 2. D. comm. div. X. 3. Vgl. l. 7. § 9. l. 4. § 4. eod. wonach auch der *damni infecti causa possidere iussus* (*sc. ex secundo decreto*) zur Klage berechtigt ist.

[390]) L. 1. D. fin. reg. X. I.

es dabei keineswegs erfor-
r von beiden Theilen sich
fern die Parteien sich auf
das Eigenthum unabhängig
on beiden denselben über-
mel dieser *actio communi*
er Massen gefasst:
illo biennio possessus esset,
em esse oporteret etc.[393]).
dieser Fassung der Titel
cht anzunehmen, dass die
el gestanden haben sollte.
als Bestandtheil der *actio*
war, überliefert. Dagegen
Erwerbers scheint die rö-
eser Stütze ausgebildet zu
wahrscheinlicher, als jene
ie dem *bonae fidei possessor*
sses schlechthin wie einem
vermieden worden sein da-
ch auf den Erwerb *ex iusta*

um emerunt et is iis traditus

mento P. Maevii ex aequis

gestat, quantum veritas, quoties
Bungen S. 107. und die daselbst

Analogie der *Publiciana*: l. 1.
sbesondere muss der Fideikom-
um so gewisser haben, als er
auch vor der Besitzergreifung

gung der entgegengesetzten An-

Jedenfalls wäre es irrig, wegen jener Ersitzungsfiktion die Theilungsklage auf Fälle des zur ordentlichen Usukapion geeigneten Besitzes einzuschränken; wie denn nach der richtigen Ansicht wohl selbst die Publiciana seit dem Wegfall ihrer Formel von dieser Beschränkung frei zu machen ist[397]).

In Ziel und Wirkung ist die Theilungsklage zwischen redlichen Erwerbern derjenigen zwischen Eigenthümern völlig analog.

In den Pandekten folgt unmittelbar auf die Gewährung der *actio communi dividundo* an den zur *Publiciana* Berechtigten der viel bestrittene Ausspruch der l. 7 § 3 comm. div.

Ex quibusdam autem causis, (ubi) vindicatio cessat, si tamen iusta causa est possidendi, utile communi dividundo competit; ut puta si ex causa indebiti soluti res possideatur.

Die Unrichtigkeit des hier gegebenen Beispiels ist von Alters her erkannt worden; denn nichts ist gewisser, als dass dem Empfänger eines *indebitum* die *vindicatio* zusteht[398]). Desshalb hat man mancherlei Vermuthungen aufgestellt[399]). Die einzige jedoch, welche Beifall zu finden scheint, ist die von Keller, dass Ulpian hier an die *usureceptio fiduciae* gedacht und etwa Folgendes geschrieben gehabt habe:

utputa si ex causa debiti soluti fiducia possideatur:[400]).

und hiernach wird auch die Formel von Rudorff dahin rekonstruirt:

---

397) Allerdings wird auch noch von Windscheid I. § 199. Anm. 8. 11. und von Brinz Lehrb. I. S. 246. die *Publiciana* bei Sachen, die der ordentlichen Ersitzung entzogen sind, und sogar bei *mala fides superveniens* ausgeschlossen. Aber ein innerer Grund dafür ist nicht vorhanden. Insbesondere ist nicht abzusehen, warum ein Umstand, der den Eigenthumserwerb hindert, auch ein Hinderniss für die Abforderung des Gegenstandes bilden soll, (Windscheid), da diese doch nur gegen den Minderberechtigten stattfindet! Vgl. dagegen neuestens Bruns in Holtzendorffs Encyclop. I. S. 304. und Wächter in Tauchnitz's Zeitschr. XII. S. 74. Anm. 41. Auch Witte Interd. uti poss. S. 130.

398) S. l. 4 D. de Publ. VI. 2. l. 3. D. pro suo XLI. 10.

399) Cuiacius (Recitt. in titt. Dig. comm. div. h. l.) will *ex causa iuris iurandi* verbessern, wofür er sich ganz mit Unrecht auf die Basiliken beruft. Allein, wenn der Beklagte schwört (*rem petitoris non esse*), so erlangt er zwar keine *Publiciana*, aber er besitzt dann auch nicht *ex causa iuris iurandi*. (l. 11. pr. D. de iureiur. XII. 1. l. 7. § 7. D. de Publ. VI. 2.) Und wenn der Kläger schwört (*rem suam esse*) so erlangt er zwar Besitz *ex causa iuris iurandi*, aber doch zugleich auch die *Publiciana*. l. 7. § 7. a. a. O.

400) Mitgetheilt aus Kellers nachgelassenen Papieren von Mommsen in dessen Ausgabe.

Si ille fundus, quo de agitur ex causa illius debiti anno usu receptus esset, tum si eum illorum communem esse oporteret etc.[401])

Gegen diesen letzteren Vorschlag ist nun jedenfalls einzuwenden, dass er tautologisch ist. Denn unter der Voraussetzung, dass *fundus usu receptus est*, versteht es sich ja von selbst, dass er den Parteien zugehören muss! Aber auch wenn man annimmt, dass die *demonstratio* vielmehr gelautet habe:

Quod ille et ille illum fundum fiduciarium[402]) *ex causa illius debiti soluti possident* oder dergl.

so bleibt doch immer noch die materielle Frage übrig, ob denn der Fiduziant, der die Sache *ex causa debiti soluti* zurückbekommen hatte, wirklich die *Publiciana* entbehrt habe? Der Grund, aus welchem Mommsen diese Frage zu bejahen scheint, — weil nämlich der Usurezipient *sciens alienam rem* ersitze[403]) — ist jedenfalls ungenügend: denn ebendiess gilt ja von jedem, der eine *res mancipi* nur tradirt erhalten hat, während doch dessen Legitimation zur Publicianischen Klage so gut, wie fest steht. Und in der That ist zu behaupten, dass der *ex causa debiti soluti* besitzende Fiduziant in der Regel die *actio Publiciana* keineswegs entbehrte! Abgesehen von den allgemeinen Gründen, dass die *usureceptio* ja nur als eine Art der *usucapio* aufgefasst[404]) und von dieser auf die Zuständigkeit der *Publiciana* sowohl negativ, als auch affirmativ geschlossen wird[405]), sowie dass zur Begründung der *Publiciana* ausdrücklich alle *iustae causae acquirendarum rerum* für genügend erklärt werden[406]), ist für jene Behauptung besonders Folgendes entscheidend. Wenn dem Fiduzianten nach Tilgung seiner Schuld die Sache von dem Gläubiger-Eigenthümer zurücktradirt worden war, so besass er dieselbe offenbar kraft der Erfüllung des *pactum fiduciae*, also *pro soluto* und konnte sie eben desshalb nach allgemeinen Regeln auch mit der *Publiciana* verfolgen[407]), etwa in der Fassung:

401) Rudorff Edictum § 72. not. 2.

402) Vgl. Paul. Sent. rec. II. 13. §§ 2. 7.

403) In der Note zu l. 7. § 3. a. a. O. (*usurecceptioni*) *unice convenit quod qui ita sciens alienam rem possidet, cum vindicatione careat, tamen a domino tutus est nec praedoni comparatur.*

404) *Species usucapionis* Gai. II. 59.

405) L. 7. §. 2. l. 7. § 17. D. de Publ. VI. 2.

406) L. 13. pr. eod.

407) L. 4. eod. Vergl. Scheurl Beiträge zur Bearb. d. Röm. R. II. S. 42.

Si quem hominem etc. etc. ex causa solutionis traditum accepit etc.

Aber auch dann, wenn ihm die Sache von vorne herein *precario* oder miethweise belassen, oder später ohne direkte Uebergabe des Gläubigers wieder zugekommen war, kam doch durch die Zustimmung des letzteren zum Besitze des Fiduzianten *post debitum solutum* eine nur abgekürzte *traditio solutionis causa* zu Stande, und musste also wiederum der Fiduziant zur *Publiciana* berechtigt sein[408]). An alle diese Fälle kann daher Ulpian bei den Worten der l. 7 § 3 nicht gedacht haben. Dagegen bleibt nun allerdings noch der Ausnahmefall übrig, dass der Fiduziant nicht mit dem Willen des Gläubigers, sondern in Folge eigenmächtiger Occupation sich in dem Besitze der *fiducia* befand. Dass diese Handlung nicht als *furtum* angesehen wurde[409]), sondern sowohl *soluta*, als *non soluta pecunia* zur Usurezeption führte,[410]) ist uns von Gaius bezeugt. Dabei war jedoch die *Publiciana actio* dem Occupanten gewiss versagt, da er sich weder auf Succession berufen konnte, noch sein Titel *pro suo* ohne *bona fides* als Klagfundament ausreichte. In einem solchen Falle mochte man dann, wenn die Abtragung der Schuld geschehen war, ebenso wie die Usurezeption nun nicht mehr als lukrativ erschien, auch die *possessio* als *iusta* und zur Theilungsklage genügend gelten lassen; und aus diesem Gesichtspunkt kann in der That Ulpian so geschrieben haben, wie Keller vermuthet[411]).

„Hier fiel die Usurezeption vollkommen mit der Usukapion eines gewöhnlichen bonitarischen Eigenthümers zusammen".

[408]) Prekarium und Miethe der *fiducia* verloren gewiss mit der Tilgung der Schuld von selbst ihre Kraft. Vgl. l. 11. D. de precario XLIII. 26. *Si debitor rem pigneratam precario rogaverit, soluta pecunia precarium solvitur; quippe id actum est, ut usque eo precarium teneret;* und Scheurl a. a. O. S. 43. Dernburg Pfandrecht I. S. 25. Mit Recht erklärt darnach Scheurl auch die Worte bei Gaius II. 60. (*usureceptio*) *soluta pecunia omni modo* competit, dahin, dass hier nicht von einer Usukapion des Miethers oder des Prekaristen, sondern von der Unmöglichkeit solcher Verhältnisse *post solutam pecuniam* die Rede sein solle.

[409]) Gai. III. 201. Scheurl S. 41. 44. Dernburg I, S. 24. A. M. bekanntlich Stintzing Wesen der bona fides S. 157.

[410]) Gai. II. 60.

[411]) Undenkbar wäre es auch nicht, dass die Worte gelautet hätten: *Si ex causa debiti non soluti fiducia* (oder *res fiduciaria*) *possideatur.* Doch spricht dagegen ein Mal die Unwahrscheinlichkeit der Wendung: *possidere*

§ 11.

Die Theilungsklage aus der Gemeinschaft dinglicher Rechte an fremden Sachen.

Den nächsten Schritt in der Entwickelung der Theilungsklage bildet ebenso, wie bei andern ursprünglich nur für den Eigenthümer bestimmten Rechtsmitteln, ihre Uebertragung auf die theilbaren *iura in re aliena*[412]).

So wird sie zunächst gewährt, wenn eine Emphyteuse[413]) oder ein Platzrecht[414]) Mehreren gemeinschaftlich ist: ein Fall, der bei der Vererblichkeit beider Rechte überaus nahe liegt. In der Art und Weise der Auseinandersetzung hat der Richter hier fast ebenso freie Hand, wie beim Eigenthum. Nur wird er zur reellen Theilung des Gegenstandes nicht ohne Zustimmung des Eigenthümers schreiten dürfen, weil sonst dessen Anspruch auf den *canon* beziehungsweise das *solarium* gefährdet sein würde[415]).

Beim Ususfruktus scheint man in der Zulassung der Theilungsklage anfänglich geschwankt zu haben, und noch Julian[416]) verweist die Theil-Niessbraucher daneben auf die Eingehung wechselseitiger Stipulationen über den *modus fruendi*. Seit indessen die Ausübung des Niessbrauchs als übertragbar allgemein angenommen war, musste auch hier eine gerichtliche Auseinandersetzung als das zweckmässigste erscheinen und zwar liess man dabei dem Richter die Wahl, entweder den Ususfruktus zu verpachten, sei es an einen der Genossen, sei es an einen Dritten, oder aber jeden Genossen auf ein bestimmtes Mass der Ausübung nach räumlichen oder zeitlichen Gränzen zu beschränken[417]).

---

ex causa non soluti, und zweitens der Umstand, dass vor Abtragung der Schuld die Usurezeption ja immer als *lucrativa* und darum schwerlich als *iusta causa possidendi* galt.

[412]) Ueber diese Entwickelung im Allgemeinen s. Ihering Abhandlungen S. 121. ff.

[413]) L. 7. pr. D. comm. div. X. 3. l. 10 D. fam. herc. X. 2. l. 4. § 9 D. fin. reg. X. 1. l. 5. § 3. D. arb. furt. caes. XLVII. 7. Formel bei Rudorff a. a. O. *Quod fundus vectigalis communis est*, etc.

[414]) L. 1. § 8. D. de superf. XLIII. 18. l. 10 D. fam. herc. X. 2. Seuff. Arch. IV. 16.

[415]) L. 7. pr. D. comm. div. X. 3.

[416]) L. 13. § 3. D. de usufr. VII. 1.

[417]) L. 7. § 7. D. comm. div. X. 3. l. 4. § 9. D. fin. reg. X. 1. l. 32. D. de stip. serv. XLV. 3. l. 4 D. de aq. cott. XLIII. 20. Formel bei Rudorff:

Endlich gewähren die Quellen die Theilungsklage auch einem Theilpfandgläubiger gegen den andern, sowohl, wenn beide ihr Recht von demselben, als auch wenn sie es von verschiedenen Verpfändern ableiten, und einem Miteigenthümer gegen den an der fremden Eigenthums-Quote Pfandberechtigten[418]). Hierbei können jedoch Zweifel entstehn, erstens darüber, ob die Klage nur zwischen mehreren Faustpfandgläubigern oder auch zwischen Hypothekaren, und ob sie erst von der Fälligkeit der versicherten Forderung ab oder auch schon vorher statt habe; sodann aber über die Frage, welche Rechte in diesem Falle durch den Theilungsspruch übertragen werden. Bei den Faustpfandgläubigern leuchtet das Interesse, zu dessen Befriedigung sie der Auseinandersetzungsklage bedürfen, ohne weiteres ein. Da einem Mitbesitzer die Vornahme von Besitzhandlungen bekanntlich nur kraft Uebereinstimmung aller Theilnehmer zusteht, so ist in Ermanglung einer solchen das Besitzrecht überhaupt lahm gelegt. Darüber kann aber der Pfandbesitz, insbesondre wenn er mit dem Recht des Fruchtbezuges verbunden ist, seinen Werth vollständig verlieren; er wird bei einem Zwiespalt der Mitbesitzer aus einem Vortheil zu einer Last. Ein solches Resultat ist nur dadurch zu vermeiden, dass jedem Mitpfandbesitzer der Anspruch auf Auseinandersetzung mit seinen Genossen gewährt wird. Eben darum aber muss ihm dieser Anspruch auch nicht erst nach dem Verfall seiner Forderung, sondern sogleich von der Erlangung des Mitbesitzes an zustehn[419]).

Quod illius fundi usus fructus ad illos pertinet. Baron (Gesammtrechtsv. S. 170—176) erklärt zwar den Niessbrauch für untheilbar, zieht aber daraus keine Folgerungen in Bezug auf die *actio communi dividundo.*

[418]) L. 7. § 6. 13. 12 D. comm. div. X. 3. *Si debitor communis praedii partem pignori dedit et a domino alterius partis provocatus creditor eius aut ab alio creditore alterius debitoris licendo superavit* etc. l. 4. § 9. D. fin. reg. X. 1. l. 2. C. comm. div. III. 37. Vgl. übrigens Dernburg Pfandrecht II. § 147. und Rudorff. a. a. O.: *Quod ille fundus illis pignori fiduciaeve datus est* etc. Doch ist die Erwähnung der *fiducia* wenig wahrscheinlich, denn der Fiduziar-Gläubiger hatte ja Eigenthum und also die *actio comm. div. directa.* Ganz abweichend A. Schmid, Grundl. d. Cession I. S. 268 der in jenen Stellen Solidarpfandrechte erwähnt findet und bei Theilpfandrechten die Theilungsklage ausschliesst.

[419]) Sintenis (Handbuch des gemeinen Pfandrechts S. 446) meint, der Pfandgläubiger habe die Theilungsklage nöthig, um das Pfandrecht überhaupt ausüben zu können, und (S. 593) sie sei vorbereitend für die *actio hypothecaria;* zustimmend Seuff. Arch. X. 233. Dann könnte dieselbe freilich erst nach Ein-

Etwas anders verhält es sich mit mehreren Theilhypothekaren. Zwar insofern die Hypothek nachträglich zum Besitze geführt hat, ist der Hypothekar dem Faustpfandgläubiger wie überhaupt[420]), so auch in Bezug auf die Theilungsklage gleichzustellen. Dagegen ist ohnediess ein Zusammenstoss mehrerer Hypothekare und ein dadurch erzeugtes Interesse an der Auseinandersetzung, so wie diess zwischen Faustpfandgläubigern der Fall war, nicht zu denken. Ein solches tritt nun aber ein mit dem Augenblick, wo der Hypothekar zur Verwerthung des Pfandstücks schreiten will. Eine *pars pro indiviso* wird nämlich in vielen Fällen nicht leicht an einen Dritten zu veräussern sein, weil ein solcher den Eintritt in die Gemeinschaft mit fremden Personen zu scheuen pflegt. Umgekehrt hat für den Genossen die Quote einen um so höheren Werth, als sie zugleich seinen eigenen Antheil von einem lästigen Hemmniss befreit[421]). Aus diesem Grunde hat eben der Miteigenthümer das Recht, im Theilungsverfahren von seinen Genossen entweder Ueberlassung ihrer Quoten oder Abfindung für die seinige zu verlangen. Aus demselben Grunde aber muss es auch dem Mithypothekar gegen andre Theilpfandgläubiger gewährt werden: und das scheint denn auch die Meinung der Quellen zu sein, wenn dieselben zwischen diesem und dem Faustpfandgläubiger nirgend unterscheiden. Nur darin wird der erstere abweichend zu behandeln sein, dass für ihn *actio nata* nicht eher, als mit der Fälligkeit seiner Forderung eintritt[422]).

Wenn endlich auch dem Miteigenthümer gegen den Pfandinhaber des andern Theils die Klage auf Auseinandersetzung zugeschrieben wird, so erklärt sich diess daraus, dass sonst für den Miteigenthümer auch die Auseinandersetzung mit seinem Eigenthumsgenossen leicht ohne Nutzen sein würde; denn das von diesem an seinem Antheil bestellte Pfandrecht kann unter Umständen die

---

tritt der Fälligkeit angestellt werden. Aber jene Behauptung ist ganz ungegründet, und an einer andern Stelle (S. 459.) erkennt Sintenis selbst die Distraction eines ideellen Theils als möglich an.

[420]) Arg. l. 5. § 1. D. de pign. XX. 1. l. 37. D. de acq. poss. XLI. 2. l. 66. D. de evict. XXI. 2. Dernburg II. S. 53. Bruns Besitz S. 5 ff. A. M. Vangerow I. S. 355.

[421]) Darauf beruht ja das im Gemeinen und vielen Partikularrechten dem Miteigenthümer gewährte Retrakts-, beziehungsweise Vorkaufsrecht. Vgl. auch l. 31. § 5. D. de aedil. ed. XXI. 1.

[422]) Die Lehrbücher stellen durchweg Faustpfandrecht und Hypothek ganz gleich. Sintenis Pfandr. S. 593. Dernburg II. § 147.

Verfügung über die Sache ebenso hemmen, wie ein Miteigenthumsrecht. Ausserdem ist das Theilpfandrecht doch immer nur ein von dem Miteigenthum abgeleitetes und also denselben Beschränkungen unterworfen, wie dieses. Daraus folgt, dass der *condominus* die Theilungsklage wie gegen seinen Genossen, so auch gegen dessen Pfandgläubiger, und zwar jederzeit, und ohne Unterschied, ob derselbe Faustpfandgläubiger oder Hypothekar ist, muss erheben können. Sehr zweifelhaft aber ist es, ob auch umgekehrt dem Theilpfandgläubiger das gleiche Recht gegen den Eigenthumsgenossen seines Verpfänders zukomme. Die Quellen schweigen darüber; von den neueren Juristen haben es Einige bejaht[423]), Andre verneint[424]). Als Grund für die Bejahung ist immer nur geltend gemacht worden, entweder, dass die Theilungsklage zur Vorbereitung der *actio hypothecaria* nothwendig, oder dass sie ein *iudicium duplex* und der Beklagte darum auch aktiv zur Klage legitimirt sei. Beides offenbar mit Unrecht. Der erstere Grund widerlegt sich einfach dadurch, dass Auflösung einer Gemeinschaft und Verwerthung des in derselben befangenen Antheils ganz verschiedene Akte sind, deren jeder unabhängig von dem andern vorzunehmen ist. Und was den zweiten Grund betrifft, so hindert die Duplizität ja doch in andern Fällen nicht, dass ein Theilhaber seinen Genossen, nicht aber auch dieser jenen zur Auseinandersetzung nöthigen kann: wie z. B. beim *fundus pro parte dotalis*[425]). Warum sollte sie also für das Verhältniss zwischen Miteigenthümer und Theilpfandgläubiger entscheidend sein? Gleichwohl wird man bei näherer Betrachtung die Theilungsklage dem Pfandberechtigten auch in der hier besprochenen Anwendung nicht versagen dürfen, aus dem Grunde, weil dieselben Interessen, um derentwillen er sie gegen Mitpfandgläubiger hat, auch dem Miteigenthümer gegenüber obwalten. Bei

---

[423]) Negusantius tractatus de pignor. et hypoth. p. 2. m. 3. n. 40. Sintenis Pfandr. S. 115. Anm. 1. C. F. Koch Recht der Forderungen III. S. 670. Das Ob. Trib. zu Berlin bei Seuff. Arch. X. 236. A. Schmid Cession I. S. 164.

[424]) Voët comm. ad Pand. X. 3. § 1. a. E. Glück X. S. 124. Brinz Pand. I. § 68. S. 252. Dernburg II. S. 396.

[425]) L. 2. C. de fund. dot. V. 23. *Mariti, qui fundum communem cum alio in dotem inaestimatum acceperunt, ad communi dividundo iudicium provocare non possunt, licet ipsi possint provocari.* In ähnlicher Lage ist der Miteigenthümer unter Vormundschaft l. 1. § 2. D. de reb. eor. qui XXVII. 9. Seuff. Arch. XVI. 59. sowie, wenn das oben Gesagte richtig ist, der Cohypothekar, dessen Forderung noch nicht fällig ist.

dem Mitfaustpfandgläubiger leuchtet die Möglichkeit eines Zusammenstosses mit dem gleichfalls besitzenden Miteigenthümer und einer gegenseitigen Hemmung in der Beherrschung der Sache von vorn herein ein, und für den Cohypothekar ist es wenigstens zum Zwecke der Verwerthung von höchster Wichtigkeit, eine Vereinigung seines Theilrechts mit den übrigen Quoten herbeiführen zu können.

Es bleibt aber nun noch die zweite Frage zu entscheiden, betreffend die Wirksamkeit des gegen einen Pfandgläubiger ergehenden Theilungsspruchs, eine Frage, die neuerdings sehr verschiedene Beantwortungen erfahren hat.

Bleiben wir zunächst bei dem Falle stehn, wo beide Parteien Pfandgläubiger sind, so finden wir in den Quellen nur die Anweisung an den Richter, dass er den Antheil eines jeden Genossen nach dem Betrage der ihm zustehenden Pfandforderung als dem Maximalwerthe abschätzen und dann das ganze Pfand einem der Gläubiger adjudiziren solle[426]). Von einer körperlichen Theilung des Pfandstücks oder von einer Regelung der Ausübung des Pfandrechts ist keine Rede: und in der That würden durch die erstere die Rechte des Verpfänders leicht verletzt und durch die zweite die Interessen der Pfandgläubiger nicht befriedigt werden. Welches Recht aber durch jene Adjudikation auf den einen Genossen übergehe, wird nicht gesagt, und unter den heutigen Juristen sind darüber drei Meinungen aufgestellt worden.

Nach der einen Ansicht soll der Adjudikatar an dem zugesprochenen Antheil Eigenthum[427]), nach der andern nur Besitz und Retentionsrecht wegen seiner Auslagen[428]), nach der dritten Pfandrecht[429]) erwerben.

Von diesen drei Ansichten hat die erste eigentlich nichts für sich, als die Vorstellung, dass der Pfandgläubiger *procurator* des *dominus* sei[430]) und somit auch dessen Eigenthumsrecht in den

---

[426]) L. 7. § 12. D. comm. div. X. 3. *Inter eos qui pignori acceperunt, talis divisio fieri debet, ut non vero pretio aestimetur pars, sed in tantum duntaxat quantum pro ea parte debetur, et assignetur pignus uni ex creditoribus etc.* Vgl. l. 29. D. fam. herc. X. 2.

[427]) So anscheinend Brinz Pand. I. S. 252.

[428]) Dernburg Pfandr. II. S. 394. Windscheid Pandektenr. § 233a. Anm. 1.

[429]) Sintenis Pfandr. S. 457. a. E. Gem. Civ. R. § 75. II. 2. A. Schmid Cession I. S. 270.

[430]) Arg. l. 29 D. fam. herc. X. 2; *quia quod creditor egit pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset.*

Theilungsprozess deduziren könne. Allein diese Vorstellung von einer allgemeinen Vertretung des Eigenthümers durch den Pfandgläubiger ist bereits treffend dahin widerlegt worden[431]), dass der letztere eben nur ein eignes Recht habe, dessen Inhalt die Verwerthung eines fremden bilde. Von der andern Seite sprechen gegen jene Ansicht entscheidende Gründe.

Vor allem kann der Pfandgläubiger das Eigenthum des Verpfänders bekanntlich nur dann veräussern, wenn seine Forderung fällig und dem Schuldner Anzeige gemacht war. Diess müsste also zu einer Uebereignung durch Adjudikation auf Seiten des abzufindenden Pfandgläubigers vorausgesetzt werden. Sodann aber würde eine wirkliche Uebereignung auch eine Schätzung des Eigenthumstheils als solchen nothwendig machen, während die Römischen Juristen ausdrücklich sagen, dieselbe solle den Betrag der dadurch versicherten Forderung nicht überschreiten. Endlich wird in den Quellen offenbar angenommen, dass der Adjudikatar nunmehr ein und dasselbe Recht an der ganzen Pfandsache erlange[432]), nicht aber, dass er fortan zu einem Theile pfandberechtigt, zum andern Eigenthümer sei. Nach alledem kann ein Eigenthumserwerb als regelmässige Wirkung der Adjudikation nicht angenommen werden. Nur in dem besondern Falle, wo ein Pfandgläubiger alle Voraussetzungen des Pfandverkaufs erfüllt hat und im Theilungsverfahren seinen Willen erklärt, an den Mitpfandgläubiger den ihm haftenden Eigenthumsantheil zu veräussern, ist eine Erstreckung der Adjudikation auf diesen letzteren denkbar. Doch kann natürlich auch in diesem Falle der Adjudikatar das erworbene Miteigenthum nicht für sich behalten, sondern muss es später mitveräussern, beziehungsweise bei Tilgung seines Anspruchs dem Verpfänder mitrestituiren.

Weit besser begründet, ja anscheinend in vollkommenem Einklang mit den Quellen ist die zweite Ansicht, welche den Adjudikatar nur Besitz und Retentionsrecht erwerben lässt. Für diese Auffassung lässt sich namentlich hervorheben, dass der Adjudikatar wiederholt mit einem Besitzer verglichen wird, welcher die hypothekarische Klage des Gläubigers durch Zahlung der *litis aestimatio* von sich abwendet, und dass der römische Jurist die Frage,

[431]) S. namentlich Bremer Pfandrecht und Pfandobjekte S. 69.

[432]) L. 7. § 12. D. cit. *assignetur pignus uni ex creditoribus.* l. 7. § 13. eod. l. 29. D. cit. *res adiudicata, adiudicabitur.*

rsatz der Abfindungssumme
aus dem Gesichtspunkt einer
denn angenommen, dass
stens bis zum Betrage der
lben aber gänzlich erlösche,
xceptio doli oder einer *actio*
gelegten fordern könne [434]).
gt, genau betrachtet, dem

beigelegte Retentionsrecht
llen Fällen, wo er entweder
war oder denselben nach-
der Zurückbehaltung fehlt.
ia ist ein unsicheres Mittel
auf diese Weise wird der Er-
ängig gemacht, dass zwischen
ein Pfandverhältniss wirklich
n wäre auch eine *actio pig-*
— und dies ist das Wich-
Pfandrecht des Abgefundenen
quenz, die betreffende *pars*
räusserungsrecht des Adjudi-
pfändete Quote beschränkt
se zur Deckung der Schuld-
chte, das dingliche Recht des
dligkeit eines solchen Resul-
meidet die eben aufgestellte
Ansicht, nach welcher auf
bgefundenen Genossen über-
g geltend gemacht worden,
e Begründung eines Pfand-
komme [435]). Allein da uns

ur et si possessor pignoris litis
erat. Vgl. l. 29. D. cit: *pro eo*
tita litis aestimatio oblata sit; – –
etiam ultro est actio creditori.

bezeugt wird, dass derselbe mittelst Adjudikation andere dingliche Rechte bestellen könne, so führt die Analogie gerade dahin, das Gleiche auch beim Pfandrecht anzuerkennen: wie diess denn auch die Meisten heut zu Tage thun[436]). Wenn aber weiter eingewendet wird, dass in den Quellen die Abfindung eines Pfandgenossen doch lediglich als Verwendung aufgefasst werde, so ergiebt eine nähere Betrachtung, dass die einzige diesen Gesichtspunkt anlegende Stelle (l. 29. D. fam. herc.) einen ganz andern Fall vor Augen hat, nämlich das Verhältniss mehrerer Miterben und also nicht *pro parte*, sondern solidarisch Pfandberechtigter[437]). In einem solchen Falle, wo ohnehin jedem der Pfandgläubiger die ganze Sache haftete, genügt natürlich eine Erweiterung des intensiven Gehalts der Pfandforderung, verbunden mit dem Wegfall der konkurrirenden Pfandrechte. Dagegen darf hieraus keine Folgerung gezogen werden für den Fall, wo jedes einzelne Pfandrecht auf seine *pars pro indiviso* beschränkt ist und also von dem Wegfall der andern erst dadurch Nutzen zieht, dass es auch extensiv an deren Stelle tritt. Für diesen Fall ist vielmehr der allein quellenmässige Gesichtspunkt der einer Abfindung des klagenden Pfandgläubigers durch den *iustus possessor* (Anm. 433), und nach dessen Analogie ist zu behaupten, dass der Adjudikatar an dem Theile des Abgefundenen nicht bloss Besitz und Retention, sondern geradezu die Rechte des Genossen erwirbt. Dass der rechtmässige Besitzer von dem Pfandgläubiger, dem er die *litis aestimatio* zahlt, die Abtretung des Pfand- und Forderungsrechts verlangen könne, ist bekannt und ausser Streit[438]). Wenn nun also der Adjudikatar jenem gleichgestellt wird, so hat es doch wohl keinen Anstand, ihm fortan das Pfandrecht ungetheilt und die Forderung seines ehemaligen Genossen wenigstens bis zu dem Betrage zuzu-

[436]) S. oben Anm. 368. Windscheid Pand. I. § 233. Anm. 1. Arndts Lehrb. § 372. Anm. 3. und Dernburg selbst I. S. 178. Anm. 2. A. M. Böcking Grundriss Buch II. § 94. Dieser sagt, der wahre Grund, weshalb durch Adjudikation Pfandrecht nicht entstehe, sei nirgend angegeben. Er selbst verschweigt ihn aber auch.

[437]) Darum kann l. 29. D. cit. hier vorläufig aus dem Spiel bleiben. Wie kommt aber Vangerow I. § 365. S. 804. dazu, in dieselbe eine Klage des Verpfänders auf Restitution der Sache *pro parte* hinein zu interpretiren? Die Sache haftet doch dem Erben entweder ganz oder gar nicht!

[438]) L. 19. D. qui pot. XX. 4. S. darüber Dernburg II. S. 364 Vgl. Knorr im Archiv für Civilist. Praxis XXVIII. S. 167.

ungssumme deckt. Es ist
r Theilungsrichter ganz all-
u den behufs billiger Aus-
d somit auch zu Cessionen
Ausdrucksweise der Quellen
bar als Erwerb von Sachen-
nnzeichnet [440]). Die weit-
ieser Auffassung sind klar:
darnach mit der Forderung
für dieselbe bestehenden

noch zu besprechen.
sei, wenn der Adjudikatar
seines Genossen zu ver-
, oder ist er hier allerdings
Der Richter adjudizirt das
s Adjudikatars; folglich steht
damit versicherte Forderung
der Forderung auch als still-
dten ansehn dürfen, da eine
der Forderung nur in Aus-
also nicht ein Mal der Ana-
f Grund deren Andere das

hier erledigt werden kann,
für welche die Adjudikation

nthumsquote die Höhe der
steigt oder doch wenigstens
wird jeder Pfandantheil eben
nde Forderung beträgt, und

Quod si adiudicaverit iudex mihi, genus sit quam pecunia credita et am. herc. X. 2. l. 11. l. 14. D.

X. 3. *partem quam creditor per*

heid Pandektenr. § 233a. Anm. 1.

das Gesammtpfand dem einen oder dem andern Genossen für die Summe der Forderungen, d. h. gegen volle Ausbezahlung der übrigen zugeschlagen. Einer Versteigerung unter den Genossen bedarf es in diesem Falle nicht. Denn für ein Meistgebot, durch welches die genügend versicherten Pfandforderungen nicht gedeckt würden, könnte doch der Zuschlag nicht ertheilt werden, ohne die abzufindenden Pfandgläubiger empfindlich zu beeinträchtigen. Und ein Meistgebot, welches über die Summe, für die das Pfand haftet, hinausginge[442]), darf nicht erwartet werden. Vielmehr wird in einem solchen Falle der Theilungsrichter nach Befinden der Umstände demjenigen adjudiziren, der den grössten Antheil hat, oder der die beste Sicherheit bietet, oder der durch übereinstimmenden Antrag der Genossen dazu bezeichnet wird. So sagt denn auch Ulpian in l. 7. § 12. D. comm. div. X. 3. kurzweg:

Inter eos qui pignori acceperunt, talis divisio fieri debet, ut non vero pretio aestimetur pars, sed in tantum duntaxat quantum pro ea parte debetur, et assignetur pignus uni ex creditoribus etc.

Zweifelhaft dagegen wird das Verfahren, sobald eine oder mehrere der verpfändeten Eigenthumsquoten zur Deckung der durch sie versicherten Forderung unzureichend sind. Hier kann der Adjudikatar eines minderwerthen Pfandrechts offenbar nicht zur vollen Abfindung des betreffenden Pfandgläubigers verurtheilt werden, weil er sonst Gefahr liefe, mit einem Theil der erworbenen Forderung auszufallen; andrerseits wäre es auch eine Härte, jedes Pfandrecht ohne weiteres um den Werth der verpfändeten Eigenthumsquote zu veräussern, da dieser letztere sich ja nachträglich bedeutend vermehren kann. In einem solchen Falle nun gewährt in der That die Versteigerung des Pfandes unter den Parteien den zweckmässigsten Ausweg[443]). Das niedrigste annehmbare Gebot wird auch hier durch die Gesammtsumme der Forderungen, soweit sie

---

[442]) Einen solchen Bieter hat Paulus in l. 29. cit. im Auge, wenn er sagt *nisi si obiiciatur creditori quod animose licitus est.* Versteht man darunter mit Vangerow I. § 365. S. 805. jeden, der sich durch übermässig hitziges Bieten zum Zuschlag gedrängt hat, so ist nicht abzusehen, wie der Schuldner daraus eine Einrede gegen die auf den Bieter übergangene Pfandforderung erwerben sollte.

[443]) Vgl. l. 7. § 13. D. comm. div. X. 3. – – *Si debitor communis praedii partem pignori dedit et – – provocatus creditor eius – – ab alio creditore alterius debitoris licendo superavit etc.* Vgl. l. 29. D. fam. herc. X. 2.

zulänglich versichert sind, gebildet werden. Es ist indessen zu erwarten, dass ein unzulänglich versicherter Gläubiger über diese Summe hinausbieten werde, um sich das alleinige Pfandrecht und damit die Möglichkeit, eine günstige Gelegenheit zum Verkauf der ganzen Sache abzupassen, zu verschaffen. Ist dann das Meistgebot gethan, so müssen auf dasselbe zunächst alle zulänglich versicherten Gläubiger zum vollen Betrage ihrer Forderungen angewiesen werden. Soweit sich aber dann noch ein Ueberschuss des Meistgebots ergiebt, ist derselbe nach dem Verhältniss des Werths der Eigenthumsquoten, auf die noch ungedeckten Pfandforderungen zu vertheilen. Wenn also z. B. ein Gegenstand, der einen Werth von 500 hat, zu $\frac{1}{5}$ dem A für 100, zu $\frac{1}{4}$ dem B für 200, und zu $\frac{1}{12}$ dem C für 300 verpfändet ist, so ist bei der Versteigerung des Pfandes unter den Parteien der zu erzielende Maximalbetrag 600 (als die Gesammtsumme der versicherten Forderungen), der Minimalbetrag $100 + 125 + 41\frac{2}{3} = 266\frac{2}{3}$ (als der gegenwärtige reale Gesammtwerth der Pfandrechte). Setzen wir nun, dass C das Pfandstück für 300 ersteht, so wird zunächst A seine 100, B 125 und C $41\frac{2}{3}$, sodann aber noch von dem Ueberschuss mit $33\frac{1}{3}$, der B $\frac{1}{4}$, d. h. 25, also im Ganzen 150, und der C $\frac{1}{4}$, d. h. $8\frac{1}{3}$, also im Ganzen 50 bekommen. Gelingt es dann später dem C, das Pfand z. B. für 600 zu verkaufen, so rechnet er davon 400 auf die dem A verpfändet gewesene Quote und zieht also 100 für sich ab, während er 300 an den Pfandschuldner abliefert; endlich von den noch übrigen 200 fallen 150 auf die Quote des B und 50 auf die des C selbst, so dass der letztere nicht bloss für seine baaren Auslagen Ersatz, sondern auch von seiner eigenen Forderung gerade den Betrag bekommt, auf den er bei Erstehung des Gesammtpfandes seine Quote veranschlagte.

3) Schliesslich erhebt sich noch die Frage, in welcher Weise die Adjudikation des Pfandrechts an einen Genossen zu einem geringeren als dem Nominalwerth der versicherten Forderung auf den Rest der letzteren wirke, welcher durch die Abfindung nicht gedeckt wird? ob für diesen das Pfandrecht überhaupt erlösche[444]) oder nur in der Priorität hinter dasjenige des Adjudikatars zurücktrete?[445]) Für die erstere Entscheidung scheint zu sprechen, dass

[444]) So Dernburg II. S. 45. Anm. 15.
[445]) So Vangerow I. § 365. S. 803.

in den Quellen nirgends von einer blossen Prioritätseinräumung die Rede ist, sondern die Abfindung des Minderbieters überall wie eine Art Pfandexpropriation behandelt wird. Gleichwohl hat die zweite Meinung überwiegende Gründe für sich. Die Quellen setzen nämlich immer eine Abfindung des Pfandgläubigers für seine volle Forderung voraus[446]), wie sich insbesondre aus dem Vergleich mit der Zahlung der *litis aestimatio* durch den Pfandbesitzer ergiebt, welcher letztere sich natürlich nicht auf die Entrichtung des Pfandwerths beschränken kann[447]). Folglich muss der Fall, wo der Abgefundene für sein Pfandrecht vom Adjudikatar nur einen Theil der Forderung erhalten hat, lediglich nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden. Diese aber bieten offenbar für die Annahme, dass die dem Abgefundenen verbleibende Restforderung alles Pfandrechts entkleidet werde, keinerlei Anhalt. Da das Pfand seiner Bestimmung nach für jeden Theil der versicherten Forderung haftet, so ist nicht abzusehn, wie durch die zwischen zwei Mit-Pfandgläubigern vorgenommene Auseinandersetzung plötzlich die Pfandhaftung auf den geringeren, an den Adjudikatar übergegangenen Betrag herabgesetzt werden sollte. Dadurch würde bei einer nachträglichen Zunahme des Werths der Pfandsache der Pfandschuldner einen ganz ungerechtfertigten Gewinn, und der *pro parte* abgefundene Pfandgläubiger einen ebenso ungerechtfertigten Verlust erfahren. Das Interesse des Adjudikatars aber erfordert einen solchen Untergang des Pfandrechts für den von ihm nicht erworbenen Forderungsantheil keineswegs; ihm ist vielmehr vollständig genügt, wenn dasselbe im Range hinter das seinige zurücktritt. Aus diesen Gründen wird man auch ohne Quellenbeweis die Wirkung einer Pfandadjudikation für einen Theil der versicherten Summe dahin feststellen dürfen, dass sie den bisherigen Mithypothekar für seine Restforderung in einen Nachhypothekar verwandelt.

Nachdem hiermit die Auseinandersetzung zweier Mitpfandgläubiger unter einander erledigt ist, bleibt noch der zweite Fall zu

---

[446]) l. 6. § 9 D. comm. div. X. 3. *Quanto pluris pignus sit, quam pecunia credita.* l. 7. § 12. eod.: *non vero pretio aestimetur pars, sed in tantum duntaxat, quantum pro ea parte debetur.* Vgl. l. 29 D. fam. herc.: *totum reddere*, was doch wohl nicht mit Vangerow als ganzes Pfand, sondern als ganze Schuldsumme (*sc. totum reddere debitorem*) zu verstehen ist.

[447]) Dernburg II. § 131. Anm. 7.

ubiger und ein Miteigen
gebrauchen.
die beiden leges 7. § 13 D.
aber gerade die erstere
Theilpfandgläubigers mit
andern Theilpfandgläubiger
Sicherheit zu schliessen,
tauschweise Veräusserung
tei zuständigen Rechts an
gläubiger alle Bedingungen
ie überhaupt, so auch im
bst zu der ihm haftenden
zung nimmt also die Aus-
Miteigenthümer ganz die-
teigenthümern, und es ist
bemerken. Wenn dagegen
Eigenthum zur Zeit noch
wird der Theilungsrichter
uschätzen haben, und zwar
thums, die andre nach dem
derung. Ergiebt sich nun
der Forderung erreicht, so
enthum dem Pfandgläubiger
Forderung dem *condominus*,
ndern Partei — adjudizirt
der Werth des Pfandrechts
bleibt, so wird die Adjudi-
ersteigerung vorbereitet, bei
den wirklichen Werth des
überbietet. Ist diess der
ebot kaufweise die fremde

andgläubiger „abjudizirt" wer-
S. 114. dargestellte Meinungs-
ur Besitz und Retentionsrecht;
Provokat ist, Eigenthum. Noch
che auch von dem provocirenden
bei Anm. 1—3. Gem. Civilr
er hier auf ein Mal mehr Be-
em andern Mitpfandgläubiger?
ession I, S. 164. 165.

Eigenthumsquote und kann nun für seine Forderung und den gezahlten Preis aus der ganzen Sache Befriedigung suchen. Ist es aber der Miteigenthümer, so wird er an der fremden Quote Pfandgläubiger, und zwar in Höhe der Abfindungssumme, und mit dem Vorzugsrecht vor dem Abgefundenen; daher muss er beim Verkauf der Sache den auf jene Quote fallenden Erlös, so weit derselbe seine Forderung übersteigt, herausgeben. Eben daraus, dass der Theilhypothekar nur sein Pfandrecht *in iudicium* deduzirt, erklärt sich nun auch, dass die Möglichkeit einer körperlichen Zerlegung des Gegenstandes nirgend angedeutet wird. Wenn, wie Manche lehren, der Pfandgläubiger im Theilungsprozess schlechtweg den Eigenthümer verträte[449]), so müsste jener Ausweg, gerade wie zwischen Miteigenthümern, am nächsten liegen. Statt dessen schliessen die Quellen ihn stillschweigend aus, unzweifelhaft weil er ohne Zuziehung des Eigenthümers in dessen Rechte übergreifen würde.

Ueberblickt man die bis hierher entwickelten Regeln, so ist nicht zu verkennen, dass dieselben den Conflikt zwischen verschiedenen Theilpfandrechten, so wie zwischen Theilpfandrecht einer- und Miteigenthum andrerseits auf einfache und zweckmässige Weise lösen[450]) und damit den Werth einer jeden derartigen Theilberechtigung beträchtlich erhöhen. In den neueren Gesetzgebungen sind, soweit bekannt, ähnliche Vorschriften nirgends enthalten. Gleichwohl hat das Ober-Tribunal zu Berlin, wie es nach gemeinem Recht die Auseinandersetzungsklage des Mitpfandgläubigers gegen den *condominus* des Verpfänders anerkennt, so auch im Gebiete des Allgemeinen Landrechts wenigstens den Satz angenommen, dass der Gläubiger eines Theilberechtigten (z. B. eines Miterben) im Wege der Exekution sich dessen Klage überweisen lassen und dann die andern Gemeinschafter zur Auseinandersetzung nöthigen könne[451])

Ist nun aber einmal in dem einen Falle die Auseinandersetzungsklage zwischen den Inhabern ungleichartiger Theilrechte (wie Pfand und Eigenthum) für statthaft erklärt, so kann man sich der Conse-

---

[449]) Diess ist der Grund von Brinz a. a. O. S. dawider Bremer Pfandr. S. 69.

[450]) Darum ist auch keine Veranlassung, mit Windscheid (Pandektenr. I. § 233[a] Anm. 1.) anzunehmen, dass l. 7. §§ 12. 13 D. comm. div. und l. 29 D. fam. herc. ursprünglich von der *fiducia* gehandelt hätten.

[451]) Entsch. des Ober-Tribunals Band XXIX. S. 114. (Seuff. Arch. X. 236) und Band VII. S. 283 ff.

quenz nicht entziehn, dasselbe auch für andere Fälle des Zusammentreffens mehrerer *pro parte* Berechtigter gelten zu lassen[452]). Dass der Miteigenthümer seinerseits gegen jeden, der an der fremden Quote ein dingliches Recht hat, wie z. B. Ususfruktus, Platzrecht u. s. w. auf Auseinandersetzung muss klagen können, folgt schon aus dem Grunde, weil ja das Eigenthum auch die jenem andern Recht entsprechende Befugniss in sich schliesst, und der Miteigenthümer jeden Augenblick durch Veräusserung seines Eigenthums mit Vorbehalt des Niessbrauchs u. s. w. sich ein dem andern gleichartiges Recht verschaffen könnte. Ebenso aber wird auch umgekehrt der Auseinandersetzungsanspruch dem Inhaber eines Theilnutzungsrechts gegen den fremden Miteigenthümer nicht zu versagen sein. Denn der Grund, welcher die Einführung der Theilungsklage überhaupt rechtfertigt, — dass nämlich jede Mitberechtigung durch die Conkurrenz der andern gehemmt, beeinträchtigt, ja unausübbar gemacht werden kann — trifft offenbar bei dem Verhältniss des Cousufruktuars u. s. w. zum *condominus* nicht minder zu, als bei dem zweier Cousufruktuare.

Endlich ein letzter Schritt führt uns zur Auseinandersetzung zwischen den Inhabern zweier verschiedenen Theilnutzungsrechte. Wenn z. B. an einer Sache zu einem Theile Niessbrauch, zum andern Platzrecht, oder zu einem Theile Emphyteuse, zum andern Pfandrecht besteht, so ist die Auflösung einer solchen Gemeinschaft gewiss ein so dringendes Bedürfniss, dass ein Zwang dazu von keinem Theile als Härte empfunden werden würde. Uebrigens werden so zusammengesetzte Verhältnisse ohnehin praktisch so selten vorkommen, dass ein genaueres Eingehn auf dieselben überflüssig wäre. Die Ausführung der Theilung würde in allen Fällen nach Analogie der oben bei den einzelnen Rechten entwickelten Grundsätze zu bewirken sein.

§ 13.

Die Theilungsklage auf Grund der Berechtigung mehrerer Personen *in solidum*.

Die Reihe der Rechte, welche eine intellektuelle Theilung gestatten, ist erschöpft. Es bleibt jetzt zu untersuchen, in wiefern

[452]) Heimbach freilich (in Weiskes Rechtslexikon II. S. 719.) lehrt umgekehrt, Erforderniss der *communio* sei die formelle Gleichheit der Rechte der einzelnen Theilhaber. Dafür giebt er dann zwei unrichtige Gründe an.

nzen einer Rechts-
erschreitung könnte
der *actio communi*
hufs Sicherung von
n. Denn aus einer
t, als Aufsicht und
[53]). Auch erfolgte
neswegs *pro parte*,
ich hier doch die
ie des Pfandrechts,
ge auf Wiederher-
e[454]). Und auch
bei nicht im Wege,
rbehalt des gleichen
en Hinzutritt andrer
[5]). Jene Zuständig-
t bei den *missiones*
nomine[456]). Nicht
amni infecti oder *rei*
; ohne Zweifel dess-
liche Detentionsrecht
des Impetranten er-
Impetraten zu einem
bonorum) hinüber-

ungsklage überhaupt
mehreren Personen

. Vgl. Ubbelohde, Un-
ung Savigny's (Obl. R.
hers, Pächters u. s. w.

I. 4. l. 10. pr. § 1. C.
II. S. 394. A. Schmid

15. § 19. D. de damn.
mehrere Pächter, De-
gar kein Recht an der

das gleiche, ungetheilte, aber doch nicht mehrmals ausübbare Recht an einer Sache zusteht, so wird eine allgemeine Bejahung dieser Frage offenbar ausgeschlossen durch die Grundsätze von der Prävention[458]). Von den mehreren Inhabern eines und desselben Rechts ist — in Ermanglung eines besondern Vorzugsgrundes — jeder zur gleichen ausschliesslichen Willensherrschaft befugt; folglich kann derjenige, welcher die seinige zuerst thatsächlich verwirklicht hat, jedweden Anspruch der übrigen auf Einräumung der Allein- oder Mitherrschaft oder auf eine Abfindung für ihr — unausübbar gewordenes — Recht ablehnen. Er geniesst eben den Vorzug der *causa possidentis*. Diess findet sich denn auch in Bezug auf mehrere redliche Sacherwerber[459]) und mehrere Solidarpfandgläubiger[460]) in den Quellen ausgesprochen. Es muss aber ebenso gelten, wenn mehrere Personen gleiche emphyteutische oder Superfiziarrechte oder Personal-Servituten[461]) oder Grundgerechtigkeiten, die mit einander unvereinbar sind, erworben haben. In allen diesen Fällen wird der Besitzer die übrigen Prätendenten, wenn sie ihr Recht eigenmächtig geltend machen, mit einem Interdikt, und wenn sie es im Wege der petitorischen Klage thun, mit exceptionsweiser Berufung auf sein eigenes Recht zurückschlagen. Von einer Theilungsklage ist dabei keine Rede[462]).

Es ist nun aber auch denkbar, dass von den mehreren Gleich-

---

[458]) So lange zwischen den mehreren Rechten nur das Verhältniss der Conkurrenz besteht, treten natürlich ihre Inhaber in keinerlei Beziehung zu einander. Dies ist erst der Fall, wenn das vorhandene Objekt sich zur Befriedigung aller als unzureichend erweist. Dann geht die Conkurrenz in Collision über.

[459]) l. 9. § 4. D. de Publ. VI. 2.

[460]) l. 10. D. de pign. XX. 1. Wenn von mehreren Solidarpfandgläubigern einer das Pfandstück veräussert, so muss der Erwerber natürlich gegen die übrigen geschützt sein, etwa durch eine Einrede: *si non convenit, ut eadem res etiam ei a quo emi traditumque accepi pignori esset.* Vgl. Baron Gesammtr. S. 199.

[461]) Diess wird oft als unmöglich bezeichnet: Baron S. 197. Unger I. S. 624. Indessen seit der Niessbrauch formlos bestellt wird, ist die Möglichkeit nicht abzuweisen, dass ein Eigenthümer gleichzeitig, aber getrennt, zwei verschiedenen Personen Niessbrauchsrechte *in solidum* einräume.

[462]) Ohne Grund gewähren eine solche Sintenis Pfandr. S. 446. u. Gem. Civilr. § 75. II. 1 b. und A. Schmid Cession I. S. 268. 269; letzterer indem er die Wahrheit auf den Kopf stellt und nicht zwischen Theil-, sondern nur zwischen Solidarpfandrechten eine Gemeinschaft annimmt.

berechtigten keiner dem andern zuvorgekommen ist, dass vielmehr alle ihr Anrecht auch thatsächlich gleich sehr oder gleich wenig verwirklicht haben. In solchen Fällen liegt zwar keine eigentliche Rechtsgemeinschaft, aber doch eine Gemeinschaft der dem Rechte jedes einzelnen entsprechenden faktischen Herrschaft vor. Auch hier stehen die Berechtigten in dem Verhältniss, dass sie einer dem andern die Ausübung seines Rechtes unmöglich machen und diesen Conflikt nicht anders als durch gegenseitige Zugeständnisse beseitigen können. In Folge dessen ist auch auf diese Fälle die Theilungsklage von den Römern ausgedehnt worden.[463]) Das nächstliegende Beispiel dafür bietet das Zusammentreffen mehrerer gleichartiger Prädialservituten.[464]) Ein solches Verhältniss scheint auf den ersten Blick schon dann vorzuliegen, wenn ein herrschendes Grundstück mehreren Miteigenthümern gemeinsam ist: weil schon hier nach den Quellen *unus quisque sociorum solus est, cui servitus debetur*[465]) und jeder auch *in solidum* klagen konnte mit der Intention: *ius sibi esse eundi.*[466]). Indessen besteht in einem solchen Falle nicht sowohl eine Mehrheit von gleichartigen Rechten verschiedener Personen, als vielmehr ein einheitliches Recht des Grundeigenthums (*communis servitus*)[466]) welches nur durch verschiedene Personen geltend gemacht werden kann: wie sich diess insbesondere darin zeigt, dass das Urtheil auf die Prozessführung des einen Miteigenthümers für und wider alle wirkt,[468]) dass der Fortbestand der Servitut für einen sie für alle erhält,[469]) und dergl. mehr. Dess-

[463]) Nicht dahin gehören die wenigen und praktisch unbedeutenden Fälle der sog. *communio pro diviso*: *arbor* oder *aedificium in confinio* (l. 19. pr. D. comm. div. X. 3. l. 2. pr. D. fin. reg. X. 1.) *contignatio binarum aedium* (l.36. 37. D. de serv. pr. urb. VIII. 2.) oder gar *adplumbatio* (s. darüber Göppert, über die Bedeutung von *ferruminare etc.* Breslau 1869). Denn hier fehlt die Identität des Gegenstandes. Vgl. Brinkmann Verhältniss der *actio comm. div.* etc. S. 111. 172. Ubbelohde Untheilb. Obl. S. 3. Anm. 1a.

[464]) L. 4. D. de aq. cott. XLIII. 20.

[465]) L. 34. pr. D. de serv. pr. rust. VIII. 3.

[466]) L. 23. § 3. D. de serv. pr. rust. VIII. 3. l. 6. § 4. D. si serv. vind. VIII. 5. Baron Gesammtr. S. 140.

[467]) L. 19. D. si serv. vind. VIII. 5. l. 31. § 7. D. de neg. gest. III. 5. (*communis aqua*). Vgl. Ubbelohde a. a. O. S. 8.

[468]) L. 4. § 3. D. si serv. vind. VIII. 5. l. 19. cit. eod. l. 31. § 7. cit. Baron S. 141.

[469]) L. 16. D. quemadm. serv. am. VIII. 6. l. 5. l. 10. pr. D. eod. Baron S. 144.

halb können denn solche *servitutes fundo communi debitae* nur insofern zum Gegenstand einer Theilungsklage werden, als diese letztere aus der Gemeinschaft am Grundstück selbst erhoben wird.[470]) Dagegen ist allerdings eine Mehrheit von selbständigen Prädialservituten dann gegeben, wenn entweder die einzelnen Stücke eines *praedium dominans* eben als solche durch dessen Realtheilung[471]) oder aber verschiedene schon vordem stelbständige Grundstücke durch getrennte Entstehungsakte, lauter besondre mit einander collidirende Servituten an demselben dienenden Grundstücke erworben haben. In dem ersteren dieser beiden Fälle sind die mehreren Servituten, wenn ihr Uebergang auf die einzelnen Parzellen nicht durch die Lage derselben überhaupt ausgeschlossen war[472]), immer zu gleichem Recht erworben. Und in dem zweiten Falle hat zwar jede Servitut nur insoweit entstehen können, als sie nicht eine bereits vorhandene beeinträchtigte[473]); es wird indessen, da der Zeitpunkt der Entstehung nicht immer zu ermitteln ist, auch hier sehr häufig das Recht beider als gleich betrachtet werden müssen. So oft es nun dahin kommt, dass zwei gleichberechtigte Servituten aus thatsächlichen Gründen nicht ferner neben einander auszuüben sind, ist nach den Quellen eine Theilungsklage am Platze: so namentlich bei Wasserrechten[474]), analog aber auch bei Weide-[475]), Holz-, Fischerei- und andern Gerechtigkeiten, welche die Gewinnung von

[470]) L. 19. § 4. D. comm. div. X. 3. *Aquarum iter — — aut ipsius fundi est et ideo in iudicium (comm. div.) non venit etc.* Brinkmann a. a. O. S. 174.

[471]) l. 23. § 3. D. de serv. pr. rust. VIII. 3. l. 25. D. eod. l. 6. § 1. D. quemadm. serv. am. VIII. 6: *si divisus est fundus inter socios regionibus, quod ad servitutem attinet, quae ei fundo debebatur perinde est, atque si ab initio duobus fundis debita sit, etc.* Vgl. Brinkmann S. 116. Baron S. 145. 163. Anders Vangerow I. § 340. (S. 714), der auch nach der Theilung des Grundstücks eine einheitliche Servitut fortbestehn lässt, aus unzureichenden Gründen und trotz l. 6. § 1. cit. Richtig dagegen Brinz Pand. I. S. 283: „*omnes partes servitus sequitur*, die Servitut vervielfältigt sich." Baron S. 167. combinirt beide Ansichten zu seiner Lehre von der Gesammtservitut, ohne daraus praktische Folgerungen zu ziehn.

[472]) l. 23. § 3. fin. D. de serv. pr. rust. VIII. 3.

[473]) l. 14. D. eod. l. 11. pr. D. de aq. et aq. pluv. XXXIX. 3. l. 3. § 6. D. de aq. cott. XLIII. 20.

[474]) l. 4. 5. D. eod. l. 25. D. de serv. pr. rust. VIII. 3. l. 19. § 4. D. comm. div. X. 3. Baron S. 137. Brinkmann S. 175. Auch bei dem Anrecht auf Wasser aus einem öffentlichen Flusse: l. 17. D. de serv. pr. rust. VIII. 3. Vgl. auch Beseler, Deutsches Priv. R. S. 824.

[475]) Ein praktisches Beispiel bei Ihering, Civilrechtsfälle Nr. IX.

Bodenerzeugnissen zum Inhalt haben; während z. B. bei einem Wegerecht die Nothwendigkeit einer Auseinandersetzung kaum denkbar ist[476]). Allerdings kann der Eintritt einer Servituten-Collision unter Umständen schon bei der Theilung eines *praedium dominans* vorausgesehn werden: insofern es offenbar ist, dass das Gesammtbedürfniss der einzelnen Parzellen über die Kraft des dienenden Grundstücks hinausgeht. In einem solchen Falle ist dann schon bei der Eigenthumstheilung auch auf die Regelung des Servitutverhältnisses Bedacht zu nehmen[477]). Ist diess aber versäumt worden, oder hat sich die Kraft des dienenden Grundstücks nachträglich vermindert, dann bildet eben eine besondre Servitutentheilungsklage den einzigen Ausweg. In der Art und Weise der Theilung hat der Richter hier wegen der Unübertragbarkeit der Prädialservituten noch weniger freie Hand, als beim Ususfruktus; (oben bei Anm. 417). Er kann nur entweder jede Partei auf ein bestimmtes Mass der Ausübung nach Zeit, Raum oder Quantität einschränken[478]), oder einer einzelnen die volle Ausübung und den übrigen dafür eine Entschädigung zusprechen[479]). Immer aber kann sich der Richterspruch nur auf die Ausübung des Rechts erstrecken, was sich darin wirksam zeigt, dass mit dem Erlöschen des einen auch die Beschränkung des andern sofort hinwegfällt.

Ganz ähnlich wie mit verschiedenen Prädialservituten verhält es sich mit den Gebrauchsrechten (*usus*) Mehrerer an derselben Sache[480]). Wenn hier keiner durch Prävention den andern ausschliessen kann, so tritt eine Lösung der Collision durch *actio communi dividundo* ein; und zwar kann hier wiederum jeder zu einer beschränkten oder ein einzelner zur Nicht-Ausübung seines Rechts ver-

[476]) l. 19. § 2. D. comm. div. X. 3. *Quae enim communio iuris (viae) separatim intelligi potest?* Richtig erklärt diese Stelle Baron S. 139. gegen Brinkmann S. 121, der ein im Miteigenthum stehendes *praedium dominans* willkürlich suppeditirt. Vgl. aber auch l. 52. §§ 12 D. pro soc. XVII. 2. und l. 31. § 7 D. de neg. gest. III. 5.

[477]) Diess folgt zwar nicht aus den von Brinkmann S. 175. Anm. 1. dafür angeführten Stellen, wohl aber aus der Natur der Sache.

[478]) S. die Stellen in Anm. 474.

[479]) Arg. l. 10. § 1. D. comm. div. X. 3.

[480]) l. 14. §§ 2. 3. D. de usu et habit. VII. 8. (Conkurrenz von *usus*, *ususfructus* und *nuda proprietas* an derselben Sache). l. 10. § 1. D. comm. div. X. 3. Vangerow II. § 554. Anm. 2. spricht hier von „dem ganzen Usus an einem ideellen Theile der Sache". Aber ein solcher Usus ist undenkbar. Brinkmann S. 178. stellt dem Usus auch *habitatio* und *operae* gleich.

urtheilt werden, welcher letztere dann durch Empfangnahme der Abfindung dem Vorwurf des *non usus* entgeht[481]).

Schliesslich gehört hierher auch der Fall einer Collision von mehreren gleichstarken Solidarpfandrechten. Eine solche tritt ein, wenn ein Pfandberechtigter mehrere Erben hinterlassen[482]) oder seine Pfandforderung theilweise cedirt hat[483]), oder wenn bei der gemeinschaftlichen Verpfändung der Sache an Mehrere die Solidarhaftung ausdrücklich verabredet worden ist[484]), oder endlich wenn mehrere Pfandrechte zwar getrennt von einander, aber entweder gleichzeitig oder doch unter solchen Umständen entstanden sind dass ein Altersvorzug nicht zu ermitteln ist[485]). Für den ersten dieser Fälle ist in den Quellen anerkannt, dass jeder Miterbe schon auf Grund der Erbrechtsgemeinschaft mittelst der *actio familiae herciscundae* eine Auseinandersetzung auch in Bezug auf das Pfandrecht verlangen kann[486]). Sofern diese aber nicht anwendbar ist, wird in allen drei Fällen der Satz gelten müssen, dass jeder der gleichberechtigten Prätendenten sich um des andern willen im *iudicium communi dividundo* eine Einschränkung gefallen zu lassen hat. Dafür spricht theils die Analogie der collidirenden Servituten, theils auch der Umstand, dass wenigstens eine Stelle, welche die *actio communi dividundo* auf Pfandrechte anwendet, sich nicht ausdrücklich auf Theilpfandrechte beschränkt[487]). Die Art und Weise

---

[481]) l. 10. § 1. D. cit. *Si iudex alteri usum adiudicaverit, non videatur alter qui mercedem accepit non uti, quasi plus faciat qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit.* Dazu Bechmann über Inhalt u. s. w. des Usus S. 98. Nr. 1. Baron Gesammtr. S. 137., Anm. 5. — A. Schmid Cession I, S. 278. meint, dass der Adjudikatar die *confessoria actio* des Genossen als *utilis* bekomme. Aber was ihm diese geben könnte, hat er ja ohnehin: den vollen *usus!* —

[482]) l. 1. C. si unus ex plur. her. VIII. 32. Andrer Meinung war anscheinend Ulpian nach l. 11. § 4. D. de pign. act. XIII. 7. Dernburg II. S. 40.

[483]) l. 13. D. qui pot. XX. 4.

[484]) l. 10. D. de pign. XX. 1. l. 16. § 8. D. eod.

[485]) l. 16. § 8. D. cit. *Quod erit dicendum (sc. quemque de toto agere posse) si eodem die pignus utrique datum est separatim.* Dernburg II. S. 407 ff.

[486]) l. 29. D. fam. herc. X. 2. Baron Gesammtr. S. 201. behauptet zwar, wie es scheint, dass die Erben hier nur (freiwillig), um das Gewagte ihrer Solidarpfänder aufzuheben, die Versteigerung vornähmen; allein es heisst ja ausdrücklich *adiudicatio necessaria est.*

[487]) l. 7. § 6. D. comm. div. X. 3. *Si duo sint, qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse, utile communi dividundo iudicium dari.* Anders

loss die Ausübung,
essliche Pfandrecht
der Conkurrenten,
einer Partei gegen
die unbezahlt ge-
aren Pfandrechten
[489]): der Unter-
heilpfandgläubigern
er Adjudikatar ein
n nicht verpfändet
quoten der übrigen,
udikation nur das
rderung zu distra-
Weg der Theilung
dichen Forderungen
s Pfandobjekt sub-
iger vertheilen[490]).
findet sich in den
gewendet. Und in
nes Austauschs von
dichen Berechtigung
echt werden. Hält
Auseinandersetzung
dividundo liegt, und
eines der Sozietät
t, (s. oben S. 99),

n Fall, wo Prävention

er besprochenen Fall:
., Schmid Cession I,
Adjudikatar immer die
A. M. auch hier Dern-
durch l. 29. cit. ein
nicht zu erweisen ist.
tzung zwischen Theil-
uch auf Solidarpfand-

A. M. Dernburg II,

so ist nicht zu verkennen, dass diese letztere auch ausserhalb der *iura in re* vielfach Platz gegriffen und zur Anerkennung einer ganz ähnlichen Gemeinschaftsklage geführt hat.

Vor allem gehört dahin das Verhältniss der Conkursgläubiger unter einander. Veranlassung des Conkurses ist heut zu Tage unbestritten die Collision der Rechte mehrerer Gläubiger[491]), mithin derselbe Umstand, welcher auch die Auseinandersetzungsklage zwischen Prädialservitut-Berechtigten herbeiführt, (s. oben S. 128). Nur darüber, ob und welche rechtlichen Beziehungen der Gläubiger zu einander durch diese Collision entstehen, ist Streit. Bekanntlich fassten nun schon die klassischen Juristen die *missio in bona*, durch welche zu ihrer Zeit der Conkurs eingeleitet wurde, als eine das gemeinsame Beste aller Gläubiger bezweckende Massregel auf[492]); es war von da ab *par conditio omnium* und jeder konnte durch eine besondre Klage (*actio in factum*) den andern zur Mittheilung des aus der Masse gezogenen Vortheils, wie dieser wieder ihn zur antheilsweisen Tragung seiner Auslagen anhalten[493]). Die Bezeichnungen, welche dabei gebraucht werden, deuten durchweg auf ein Gemeinschaftsverhältniss hin (*in portionem vocandum exaequandumque ceteris* u. s. w.), und die Rechtfertigung für jene Sätze wird geradezu daraus entnommen, dass der Gläubiger durch Auslagen für den Conkurs *commune negotium gessisse videtur*, (*non aliter*) *quam si socius commune aedificium fulsit*[494]). Wenn trotzdem niemals der Gesichtspunkt einer *actio communi dividundo* angelegt wird, so erklärt sich diess hauptsächlich daraus, dass hier die Auflösung der Gemeinschaft nicht durch einen *iudex* und in andrer Weise als bei der gewöhnlichen *communio rerum* erfolgte. Von diesen beiden Verschiedenheiten aber ist die erstere schon bei Justinian hinweggefallen, und was die letztere betrifft, so kann nur wiederholt werden, dass sie das Wesen der Gemeinschaft,

[491]) Mit Recht zählt daher Unger östr. Priv. R. I, S. 631. den Conkurs unter die Beispiele einer solchen Lösung der Collision von Rechten, bei welcher jeder in der Ausübung seines Rechts durch die Mitausübung aller Andern beschränkt wird.

[492]) l. 12. pr. D. de bon. auct. iud. XLII. 5. *Commodius dicitur cum praetor permiserit, non tam personae solius petentis, quam creditoribus et in rem permissum videri.* Vgl. l. 5. § 2. D. ut in possess. leg. XXXVI. 4.

[493]) l. 6. § 7. D. quae in fraud. cred. XLII. 8. l. 9. pr. D. de reb. auct. iud. XLII. 5.

[494]) l. 9. § 4. D. eod.

als eines quasicontraktlichen Entstehungsgrundes von Rechten und Pflichten nicht berührt. Im übrigen wird auch von Justinian das Bestehen einer *communio* zwischen den Konkursgläubigern ausdrücklich anerkannt und der Anspruch der Extrahenten des Konkurses auf verhältnissmässige Erstattung der von ihnen aufgewendeten Kosten bestätigt[495]). Im Widerspruch hiermit hat man für das heutige Recht neuerdings jede Gemeinschaft zwischen den Konkursgläubigern in Abrede gestellt. Nicht die Gläubiger — sagt man — sondern das Gericht überkomme das Recht des Besitzes der Verwaltung und der Verfügung über das Vermögen des Gemeinschuldners; der Wille der Gläubiger werde nur thatsächlich berücksichtigt und ihre Gemeinschaft sei nicht eine Gemeinschaft des Rechts, sondern vielmehr des Schicksals[496]). Allein wenn man erwägt, dass die Konkurs-Gläubiger zusammentreten, um alle übrigen von der Masse auszuschliessen, dass sie demnächst durch Majoritätsbeschlüsse bei der Bestellung eines Curators und bei allen wichtigeren Verwaltungshandlungen mitwirken[497]), dass der Curator als ihr gemeinsamer Vertreter handelt, indem er Klagerechte die ihnen zustehn, (z. B. die *actio Pauliana*) geltend macht, dass endlich überhaupt die Gläubiger das gemeinsame Ziel verfolgen, den durch ihre gegenseitige Konkurrenz gebotenen Massstab der Befriedigung festzustellen, so wird man nicht umhinkönnen, darin alle Symptome eines Gemeinschaftsverhältnisses zu finden, das nur in seinem Ursprung nicht wie die Sozietät auf Vertrag, sondern auf einem Zustande beruht. Viele haben bekanntlich diesen Zustand auch als die Gemeinsamkeit eines Pfandrechts am Vermögen des Cridars aufgefasst[498]), so dass der Konkurs sich als eine *communio pignoris* in der Art, wie die oben besprochenen Fälle darstellen würde. Und in der That ist die Befugniss, fremde Sachen zur eigenen Befriedigung zu verwerthen, ja nichts andres, als der Inhalt des Pfandrechts. Indessen ist eine *communio rei* nicht ein Mal die nothwendige Vorbedingung für die Annahme einer Gemeinschaft. Eine solche kann vielmehr auch in der blossen Vereinigung Mehrerer

---

495) l. 10. pr. § 1. C. de reb. auct. iud. VII. 72.

496) Fuchs das Konkursverfahren S. 45. Förster Theorie und Praxis des Preuss. R. I, § 113. S. 750. 751.

497) S. darüber Bayer Theorie des Konkursprozesses § 41. Anm. 20.

498) W. H. Puchta Konkursprozess S. 17. Anm. n. Bayer a. a. O. § 29. Anm. 7. Diess war auch die Auffassung der Preuss. Allg. Gerichtsordnung.

zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gefunden werden[499]); und ihr Vorhandensein beim Konkurse zeigt sich darin, dass durch denselben für die Gläubiger unter einander ähnliche Rechte und Pflichten entstehen, wie durch eine Sozietät; so z. B. der Anspruch auf Einlieferung von Pfandstücken, die ein Mit-Gläubiger in Händen hat[500]), auf antheilsweise Erstattung von Auslagen und gewiss auch auf Vergütung schuldhaft angerichteten Schadens[501]). Gegen die Annahme einer Communion darf auch nicht eingewendet werden, dass im Konkurse Majoritätsbeschlüsse der Gläubiger vorkommen[502]). Denn wie schon oben S. 97 bemerkt ist, sind solche mit einer Gemeinschaft durchaus nicht unverträglich. Das einzige, wesentliche Moment, durch welches das Konkurs- von einem gewöhnlichen Theilungsverfahren sich unterscheidet, liegt darin, dass bei jenem die Auseinandersetzung immer durch einen Verkauf, hier aber je nach den Umständen auf verschiedene Weise vermittelt wird.

Abgesehn von dem Falle des Konkurses wird durch blosse Forderungen Mehrerer, auch wenn sie auf denselben Gegenstand gerichtet sind, ein Verhältniss zwischen ihnen grundsätzlich nicht begründet, und ebenso wenig durch solidarische Schulden. Wenn auch Ausdrücke wie *communis obligatio*, *communis debitor* u. s. w. in den Quellen vorkommen[503]), so können doch Solidarforderungen von einem Mitgläubiger in ihrem ganzen Umfang verfolgt und müssen Solidarschulden von einem Mitschuldner in ihrem ganzen Umfang erfüllt werden, ohne dass für diesen einen aus der Gesammtobligation als solcher gegen seine Mitgläubiger

---

[499]) So ist z. B. in den Motiven zur Preuss. Konkursordnung v. 8. Mai 1855. (S. 18.) die Idee eines allgemeinen Pfandrechts ausdrücklich aufgegeben und an deren Stelle die Annahme eines gemeinschaftlichen Exekutionsverfahrens gesetzt.

[500]) Bayer § 28. bei Anm. 4.

[501]) Wenn z. B. ein Konkursgläubiger bei der Wahl eines Curators die ihm bekannte Unzuverlässigkeit desselben verschweigt, wird er sich gewiss regresspflichtig machen.

[502]) Dies thun z. B. Bayer § 29. Anm. 11. und Förster I, § 113. Anm. 25.

[503]) l. 34. § 1. D. de solut. XLVI. 3. *Si* (*promissor*) *eiusdem hominis partes utrique* (*reo stipulandi*) *dederit, liberatio contingit, quia obligatio communis efficiet, ut quod duobus solutum sit, uni solutum esse videntur.* l. 31. § 1. D. de novat. XLVI. 2. (*commune ius stipulantis, communis debitor*). Vgl. Baron Gesammtr. S. 241.

Verpflichtungen und gegen seine Mitschuldner Rechte auf verhältnissmässige Ausgleichung entsprängen[504]). Solche Pflichten und Rechte sind vielmehr, wie bekannt, nur durch eine unabhängig von der Gesammtobligation zwischen deren Subjekten bestehende Sozietät, ein Mandat, eine Geschäftsführung oder dergl. zu begründen[505]). Indessen muss nun gleichwohl behauptet werden, dass unter Umständen auch ohne solche Gründe eine Gemeinschaft zwischen den Gesammtgläubigern oder Gesammtschuldnern eintreten kann, wenn nämlich entweder das obligatorische Rechtsgeschäft von ihnen gemeinsam geschlossen wurde, oder der Wille des Dritten, welcher die Obligation schuf, auf eine Gemeinschaft gerichtet war. In diesem Sinne sprechen die *leges* 31—34 D. pro socio XVII. 2. ganz allgemein aus, dass eine *communio incidens* mit sozietätsähnlichen Ansprüchen nicht bloss durch Sachgemeinschaft, sondern überhaupt durch *negotia communiter gesta* zu Stande komme, und noch häufiger sind die einzelnen Anwendungen, in welchen dieser Gedanke durchgeführt ist.

Die meisten hierher gehörigen Fälle hat bereits Ihering unter dem Gesichtspunkt der „Verwendungsklage in Gemeinschaftsverhältnissen" zusammengestellt und zugleich sehr richtig bemerkt, dass, wenn auch die Quellen als Klageform die *actio negotiorum gestorum utilis* wählen, doch damit der Sache nach nur ein Gemeinschaftsanspruch anerkannt ist[506]). Als Hauptbeispiel verdient die Solidarobligation Mehrerer, die zu einer gemeinsamen Verwaltung berufen sind, genannt zu werden, wie mehrerer Mitvormünder, Magistrate u. s. w. Für deren Verhältniss ist wenigstens eine Ersatz-Klage des Unschuldigen gegen den Schuldigen in l. 30. (bei Mommsen 29.) D. neg. gest. III. 5. ausdrücklich anerkannt. Diesen aber müssen auch mehrere Patrone (im Sinne des römischen[507]),

---

[504]) So ist z. B. unter mehreren correaliter honorirten Vermächtnissnehmern und unter mehreren zur Noxalklage auf dasselbe Thier Berechtigten keinerlei Gemeinschaft vorhanden. l. 16. D. de leg. II. l. 14. pr. D. de nox. act. IX. 4. Doch hat Justinian das Anwendungsgebiet des ersten Falls noch besonders beschränkt. l. 4. § 1. C. de V. S. VI. 38. Unter mehreren Solidarschuldnern bildet der Mangel einer Gemeinschaft fast die Regel.

[505]) Nach Preuss. Recht besteht unter den Subjekten einer Correalobligation grundsätzlich eine Gemeinschaft. S. Förster I, § 62. S. 332. 341.

[506]) Jahrbücher für Dogmatik X. S. 337. 340. 347. Anm. 64.

[507]) Vgl. l. 23. § 1. l. 49. D. de op. lib. XXXVII. 1. (Conflikte beim Anspruch mehrerer Patrone auf *operae libertorum*). Tit. Dig. XXXVIII. 4.

wie des heutigen Rechts[508]) mehrere Verwalter einer Familienstiftung[509]) u. dergl. m. gleichgestellt werden. Und zwar wird in allen diesen Fällen die Analogie der Gemeinschaft nicht bloss einen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen, sondern unter Umständen selbst eine Klage, auf Theilung der Ausübung des Rechts motiviren können. Ein ferneres, rechtsgeschichtliches Beispiel bietet das Verhältniss mehrerer Sponsoren oder Fidepromissoren nach der *lex Apuleia*. Bekanntlich hatte dieses Gesetz dem Bürgen, der mehr als seinen Antheil an der Schuld zahlen musste, eine Regressklage gegen die übrigen gegeben; und mit Recht charakterisirt diess schon Gaius III., § 122. dahin, dass hiermit „*quaedam societas*" unter den Bürgen eingeführt sei[510]). Aber auch unter eigentlichen Correalschuldnern kann ein solches unwillkürliches Gemeinschaftsverhältniss vorkommen. Mit Recht führt in dieser Beziehung Ihering den Fall an, wo ein Testator mehrere Erben oder Legatare correaliter mit einem Vermächtniss belastet hat, aber offenbar in dem Sinne, dass der von dem Vermächtnissnehmer in Anspruch genommene Onerirte die Summe nur vorläufig allein auslegen sollte[511]). Hier ist wiederum nicht anders zu helfen, als mit einem Analogon der *actio pro socio* oder *communi dividundo*, d. h. mit einer Gemeinschaftsklage. Ein anderes Beispiel, in welchem die Gemeinschaft auf der aktiven Seite der Gesammtobligation besteht, bietet der in der Praxis so häufig vorkommende Fall, wo in Folge einer Auslobung Mehrere die verlangte Leistung in gleichem Masse produziren und nun sämmtlich auf die Belohnung Anspruch erheben. Wenn hier der Schuldner das ausgelobte Objekt gerichtlich deponirt, so wird man nicht um-

---

(Assignation eines Freigelassenen an eines von mehreren Kindern des Patrons). l. 11. D. eod. (Alimentationspflicht mehrerer Patrone). S. Brinkmann Verhältniss der actio comm. div. S. 183.

[508]) Vgl. c. 2. Clem. de iure patron. II. 12. und die Bestimmungen des Preuss. Landr. §§ 605 ff. II. 11. und § 38. II. 17.

[509]) Rechtsfall bei Seuff. Arch. IV. 251. Nr. 8.

[510]) Ihering in d. Jahrb. f. Dogm. X. S. 344. Ein andres interessantes Beispiel aus der Rechtsgeschichte nach l. 21. pr. D. de neg. gest. III. 5. ebendas. S. 346.

[511]) Ihering a. a. O. S. 344. 345.

hin können, jedem der Conkurrenten gegen den andern eine Klage auf Theilung[512]) d. h. eine *actio communi dividundo* zu gestatten.

Gelegentlich sei hier bemerkt, dass in gleicher Weise d. h. aus dem Gesichtspunkt der Gemeinschaft auch der interessänte Rechtsfall zu entscheiden sein dürfte, welcher für Ihering den Anlass zur Aufstellung seiner „Lieferungstheorie" bei der *emtio generis* gebildet hat[513]). Das Handlungshaus N. bei dem unabhängig von einander der A. und der B. je 600 Ctr. Coaks bestellt hatten, hatte die Gesammtmasse von 1200 Centnern dem Flussschiffer P. zugemessen und dieser 800 Ctr. davon auf ein grösseres und 400 Ctr. auf ein kleineres Schiff verladen lassen. Das kleinere Schiff war durch Zufall untergegangen und von dem grösseren Schiff hatte zuerst A. seine 600, dann B. die noch übrigen 200 Ctr. in Empfang genommen. Es fragte sich, wer den Verlust der 400 Ctr. zu tragen hätte? Mit Recht hat Ihering zunächst soviel ausgeführt, dass wenn die gewählte Art der Versendung dem Interesse der Besteller entsprach, der Verkäufer N. den vollen Kaufpreis auch von B. muss fordern können, weil er seinerseits erfüllt hatte. Aber man wird noch einen Schritt weiter gehn und sagen dürfen: B. kann demnächst von A. die Ausgleichung des Schadens zur Hälfte verlangen, weil beide dadurch, dass sie die gemeinsame Versendung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hatten, in ein sozietätsähnliches Verhältniss, eine *communio negotii* getreten waren. Das Genus, in welchem die 600 Ctr. Coaks für jeden von beiden ununterschieden enthalten waren, stand hier eben zur Hälfte auf des einen, zur Hälfte auf des andern Perikulum[514]). Schliesslich bleibt noch ein Fall zu erwähnen, der heut zu Tage von besondrer praktischer Bedeutung ist, nämlich die Gemeinschaft zwischen Schiff und Ladung in Seegefahr nach der *lex Rhodia*. Auch hier sprechen schon die

512) Vgl. K. Tzschirner *de indole ac natura promissionis popularis* „Auslobung" *quam vocant*, Berol. 1869. p. 131. und die daselbst gegebenen gründlichen Nachweise aus Litteratur und Gesetzgebung. Der Fall ist derselbe, als wenn zu einem Stipendium zwei gleich berechtigte Prätendenten auftreten oder zwei Pferde in der Rennbahn gleichzeitig das Ziel erreichen. S. auch Unger I, § 70. Anm. 3. Vangerow III, § 603. S. 285. will die Gleichberechtigten zwischen Theilung und Entscheidung durch das Loos wählen lassen. Aber wie, wenn sie nicht einig sind? Regelsberger (Civilr. Erörterungen S. 210.), verweist principaliter auf das Loos.

513) Jahrb. f. Dogm. IV. S. 367.

514) Vgl. auch Iheriug a. a. O. S. 434.

Römer von einem *collationis consortium*, von *commune detrimentum* und davon, dass *omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est*[515]). Da indessen immerhin keine Gemeinschaft von Rechten an demselben Gegenstande vorliegt, so sind die Römer nicht bis zur Anerkennung direkter Beziehungen zwischen den einzelnen Betheiligten fortgeschritten, sondern lassen die Ersatzberechtigten nur gegen den Schiffer klagen und diesen wieder auf die Ersatzpflichtigen zurückgreifen[516]). Dass diess dem praktischen Bedürfnisse nicht genügt, ist längst erkannt worden. Daher haben schon ältere Juristen eine unmittelbare Klage der Interessenten gegen einander in Gestalt einer *condictio ex lege Rhodia* oder *actio locati utilis* schaffen wollen[517]). Allein nach den Bestimmungen des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs[518]) darf man unbedenklich sogar ein quasicontraktliches, an den Zustand der gemeinsamen Seefahrt angeknüpftes Communionsverhältniss anerkennen, wie diess zuerst von Schriftstellern des Preussischen Rechts[519]) und neuerdings auch für das gemeine Recht von Ihering[520]) und von Bruns[521]) geschehen ist. Die Rechtfertigung hierfür liegt nicht bloss in den stehenden Ausdrücken: „Gemeinschaft zwischen Schiff und Ladung", „Schiffsgemeinschaft", „Auflösung, Bruch der Gemeinschaft", „Auseinandersetzung der Gemeinschafter", „Erwerb für die Gemeinschaft[522])" u. s. w., sondern mehr noch in dem materiellen Inhalt der Regeln selbst. Darnach gilt eine Aufopferung aus dem Vermögen eines Mitgliedes, durch welche eine Schiff und Ladung bedrohende Gefahr abgewendet wird, rechtlich als auf gemeinsame Rechnung Aller gemacht; jedes Mitglied hat daher den andern wechselseitig nach Verhältniss des Geopferten und Geretteten Ersatz zu leisten, jedes hat auch dem andern für Verschulden ein-

---

[515]) l. 5. l. 2. pr. l. 1. D. de leg. Rhod. XIV. 2.

[516]) l. 2. pr. D. eod.

[517]) So z. B. Glück XIV. § 889. S. 232. Unterholzner Schuldverhältnisse II, § 510. S. 355. Seuffert Prakt. Pandektenr. § 432. Anm. 15. Dawider Sintenis Gem. Civilr. II, § 118. Anm. 171. Puchta Pand. § 268. Anm. c.

[518]) Art. 702—735.

[519]) C. F. Koch Recht der Forderungen III. S. 686.

[520]) Jahrb. f. Dogm. X. S. 347.

[521]) In Holtzendorffs Encyclopädie I, S. 349.

[522]) S. Motive zu dem Preuss. Entwurf eines Handelsgesetzbuchs S. 308. 316 ff. Berathungs-Protokolle S. 2635. 2778. 2671. 2773. 4083. 4084. 2794. u. s. w.

zustehn[523]), und dieses Verhältniss steht und fällt mit dem äussern Verbande der Ladungsgegenstände und des Schiffs zur gemeinsamen Seefahrt[524]). Aus sonstigen Rechtsverhältnissen sind diese Regeln nicht abzuleiten[525]): nicht aus *negotiorum gestio*[526]), weil diese einerseits Freiwilligkeit der Aufopferung, andrerseits aber nicht einen glücklichen Erfolg erfordert, und nicht aus ungerechfertigter Bereicherung, weil eine eigene Aufopferung, wodurch einem Dritten eine solche erspart wird, keineswegs ohne weiteres eine *condictio sine causa* begründet. Der einzige Rechtsgrund, auf welchen sich jene Sätze zurückführen lassen, ist und bleibt eben eine sozietätsähnliche Gemeinschaft; und die Annahme einer solchen hat auch hier gar keinen Anstand, sobald man nur sich klar macht, dass dieselbe vom Gesetz ebenso gut als mit einer ideellen Getheiltheit dinglicher Rechte, auch mit jedem andern Zustand verbunden werden kann. Freilich darf man dabei nicht die Theilung des Schadens mit der Theilung gemeinschaftlicher Sachen verwechseln, ein Missgriff, gegen den Göppert mit Recht seinen scharfen Tadel gerichtet hat[527]); und ebenso wenig darf man von der Gemeinschaft dinglicher Rechte die Befugniss, jeder Zeit eine Auflösung zu fordern, hierher übertragen wollen. Aber diese Theilungspflicht ist ja, wie schon bemerkt, durchaus nur eine zufällige Folge der *communio rerum*. Das Wesentliche an derselben ist die der Gesellschaft nachgebildete Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten, und diese findet sich bei der Schiffsgemeinschaft ganz in derselben Weise, wie beim Miteigenthum.

Will man die sämmtlichen hier besprochenen Gemeinschaftsverhältnisse, soweit sie ausserhalb der Gränzen einer eigentlichen *communio rei* liegen, auf ein einheitliches Prinzip zurückführen, so ist das nicht ohne Schwierigkeit. Die von Ihering aufgestellte Formel der „untrennbaren Interessengemeinschaft[528])", auf welche er wenigstens die Verwendungsklage gründen will, erscheint wegen der Vieldeutigkeit des Worts Interesse, theils nicht bestimmt ge-

---

523) Art. 704.

524) Berath. Prot. S. 2778. 4084.

525) Anerkannt in Berath. Prot. S. 2691. 4075.

526) So nahm das Ober-Tribunal zu Berlin an: Entsch. III. S. 193. Vgl. Windscheid Pandektenr. II, § 403. Anm. 11.

527) Göppert Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum S. 25. Anm. 2.

528) Jahrb. f. Dogm. X S. 352.

l sich darauf beschränken
e der Zuständigkeit eines
in andern Fällen sei es
sei es durch Privatwillen
dene Personen zu einer
werden können.

ungsklage.

angeblich anomalen Cha-
, so ist klar, dass von
n kann, als dieselbe nur
B. den Ersatz von Auf-
. s. w. In dieser Rich-
ches Abbild der *actio pro*
Entstehungsgrund (Quasi-
rschieden, folglich muss
smaxime unterworfen und
ihm gestellten Anträge als
n. Diess erkennen denn
ner aber wird dafür der
r *actio communi dividundo*,
meinschaft eines Mehreren
abzielt, die Duplizität zu-

en wir uns vor allem er-
zur Genüge als ein zwei-
im weiteren Sinne, nach-
stellt sich das Recht jedes
dar, denn als ein Anspruch
gsen Modalitäten nur noch
obligatio ad permutandum,
praeparatoria (*de contra-*
teien über alle einzelnen
n Vertrag (*placitum divi-*
); desgleichen können sie
Beamten der freiwilligen

Gerichtsbarkeit formell abschliessen[530]), womit denn ebenfalls nur eine Privattheilung zu Stande kommt, gleichviel ob der Richter bei der Abschliessung als Rathgeber mitgewirkt hat oder nicht[531]). Für den andern Fall aber, wo an der Einigung der Genossen mehr oder minder fehlt, ist eben jedem derselben die Klage gegeben, in Folge deren der Richter durch seinen Spruch den mangelnden Parteiwillen ersetzt, die gesetzlich nicht vorgeschriebenen Modalitäten der Theilung bestimmt und diese letztere zugleich selbst ausführt. Damit ist denn die Wirkung verbunden, dass das zuertheilte Recht von selbst auf den Adjudikatar übergeht, dass auf die persönlichen Leistungen ein exekutorischer Anspruch entsteht, und dass das Theilungsurtheil nur aus denselben Gründen, wie jedes richterliche Erkenntniss wieder anzufechten ist[532]). Sehen wir nun zu, was hierbei anomal gefunden wird.

Zunächst führen Manche es als eine Eigenthümlichkeit an, dass bei der Theilungsklage jeder Genosse entweder Kläger oder Beklagter sein könne. Diese Thatsache ist unzweifelhaft richtig; allein ebenso unzweifelhaft ist, dass darin durchaus nichts Besonderes liegt. Denn dieselbe Möglichkeit entweder zu klagen oder beklagt zu werden, trifft ja bei allen zweiseitigen Rechtsverhältnissen zu. Davon weichen auch die Theilungsklagen nicht etwa insofern ab, als hier „die Ansprüche beider Parteien identisch" sind. Viel-

[530]) S. darüber Glück III. S. 103 ff. W. H. Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens Bd. II. Cap. 6. 7. und desselben Entwurf einer Ordnung des Verfahrens in den Gegenständen der freiw. Gerichtsbarkeit § 290 — 300. Zimmermann im Archiv für civilist. Praxis XXXIV. S. 206. und für das Preuss. Recht C. F. Koch Recht der Forderungen III. S. 655 ff.

[531]) Vgl. Böhmer, Auserlesene Rechtsfälle Bd. I. Abth. 2. S. 592: *Pro iudiciali divisione, quae sententia iudicis peragitur et auctoritatem rei iudicatae nanciscitur, agnosci non potest nuda conventio divisoria in iudicio facta et a iudice confirmata;* ferner Strube Rechtl. Bedenken Bd. II. Nr. 286. und die daselbst angeführte Litteratur. Darum muss man auch wegen *laesio enormis* den in gerichtlicher Form geschlossenen Theilungsvertrag ebenso anfechten lassen, wie den aussergerichtlichen. Dagegen scheint die Anfechtung wegen jeder Verkürzung doch durch l. 3. C. comm. utr. ind. III. 38. nicht begründet werden zu können. Denn *perperam* kann auch, wie Windscheid § 449 Anm. 25. bemerkt, auf Grund eines unrichtigen Berechtigungsverhältnisses, oder geradezu „mit Verletzung über die Hälfte" bedeuten.

[532]) L. 36. D. fam. herc. X. 2. und dazu Strube u. Böhmer a. a. O. Darum darf man nicht mit Windscheid II. § 449. Anm. 16. sagen, dass die Theilung, selbst wenn sie gegen den Widerspruch einer Partei durch den Prozessrichter erfolge, ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei.

mehr will jede *principaliter* ihren Antheil an der gemeinsamen Sache möglichst hoch verwerthen und nur zufällig kann es dahin kommen, dass eine bestimmte Art der Auseinandersetzung den Wünschen beider Parteien gleichmässig entspricht. Uebrigens ist es ja auch keineswegs allgemein richtig, dass jeder Gemeinschafter auf Theilung klagen könne, sondern in vielen Fällen steht einem solchen wie schon oben (Anm. 425) berührt, nur die passive, nicht auch die aktive Sachlegitimation zu.

Aber — sagen nun Andre genauer — bei den Theilungsklagen kann nicht bloss entweder der eine oder der andre Gemeinschafter als Kläger auftreten, sondern sie können es beide in demselben Prozesse thun, und dann ist jeder in demselben Streitverhältniss Kläger und Beklagter zugleich, und die Stellung des einen von der des andern materiell nicht verschieden. In der That ist auch die beiderseitige Anstellung einer Klage ausser allem Zweifel nicht bloss möglich, sondern sogar gewöhnlich[533]). Hierauf war ja die Fassung der römischen Klagformel ein für alle Mal eingerichtet (s. oben S. 89), und eben für diesen Fall treffen die Quellen die bekannte Vorschrift, dass die Parteirolle d. h. die Reihenfolge, in welcher die Parteien die Prozesshandlungen zu vollziehen haben, nach der Priorität ihres Auftretens vor Gericht, eventuell nach dem Loose bestimmt werden soll[534]). Allein etwas Anomales oder materiell Erhebliches ist hierin nicht mehr enthalten, als in dem ersten Moment: denn wiederum ist zu behaupten, dass durchaus die gleiche Erscheinung eintritt, so oft aus einem und demselben Rechtsverhältnisse beide Theile gegen einander klagen und ihre Ansprüche als Klage und Widerklage gemeinsam verhandelt werden. Schon früher (S. 47, 75) ist erwähnt, dass nur bei gewissen Verhältnissen durch das Dasein eines bestimmten Besitzstandes eine gleichzeitige Klagerhebung von beiden Seiten ausgeschlossen wird. Wo aber diess nicht zutrifft, da können durchweg auch zwei einander ausschliessende Ansprüche in Bezug auf dasselbe Objekt in einem

---

[533]) Vgl. I. 14. D. de iud. V. 1: *quum ambo ad iudicium provocant*; und die Reihe von Stellen bei Zimmermann a. a. O. S. 196. Anm. 1.

[534]) L. 13. 14. D. de iud. V. 1. *Magis placuit eum videri actorem, qui ad iudicium provocasset; sed quum ambo ad iudicium provocant, sorte res discerni solet.* — *Ad iudicium provocare* heisst doch wohl, die Anordnung des Judiziums beantragen, (Dawider Planck Mehrheit S. 131.), womit heut zu Tage die Einreichung der Klagschrift korrespondirt.

nlichkeit hat mit
wider einander auf
lenen Bedingungen
eines Preises von
und der verklagte
n tausend Thalern.
nicht geringerem
n auch hier stehen
nder, dass die be-
ng über den einen
cht gezweifelt, dass
nliche Combination
in solchen Fällen
en Theilungsklagen
llt bleiben (s. oben
leichartigkeit beider
Theilungsansprüche
ngen noch in ihren
Sätzen abweicht[536]).
die bekanntlich dem
gen beiwohnen muss,
ngsklagen in sofern
elten, ob man als
ben *partes indivisae*
sua litigat — oder
ab zu Gunsten der
er ja die Verfügung
einem Genossen als

Mehrheit S. 70—94.

communis sit plurium
undo, finium regundo-
urisdictionem eius qui
e de parte sua litigat:
uni adiudicari potest,
a probabilis est. Plank
u billigen, wonach bei
ndern fordert. In der
valent für seinen Theil
Aquivalent.

lich ergiebt sich, dass die
des einen Genossen zugleich
cht.

freilich streitig, ob dieselbe
die Widerklage erstreckt
g bei Ansprüchen *ex eodem*
Grunde liegen, wohl schon
nd von Justinian dann be-
[539]); so dass auch in die-
Theilungsstreits zu einem
spricht.

Zusammenfassung erzeugt,
ngen überhaupt, nicht in
lnen Klagerechte, sondern
tischer Vortheile. In diesem
dass nunmehr die Mittel,
gt wird, (als Termine, Vor-
ehreren Klagen nur ein Mal
wobei sich dann die Reihen-
gemäss durch die oben an-
igen aber behält jeder Theil
er abgesehn von der Ver-
ibt er, insoweit als er Kläger
in der einen, bald in der
Eiden u. s. w. angehalten wer-
Nothwendigkeit, die mehre-
Parteien aus verschiedenen
iteigenthum, die andre aus
edene Formen der Ausein-

0. 338. Dernburg Compensation

§ 15. D. de extr. cogn. L. 13
a. a. O. S. 254.
insbesondere nachgewiesen ist,
adezu als ein einheitlicher Streit

g Civilprozess II. § 100. S. 411.

alumnieneid), l. 15. § 1 D. de
Vgl. l. 42. § 6 D. eod.

Verkauf, die andre
e ganz unabhängig
nständen auch auf

heilungsstreit nicht
t, liegt darin, dass
mehrere Personen
m Verfahren ver-
n geschehn, wenn
eilungsstreitigkeiten
n[544]); ja es wird
enen Massen nicht
andre nur einzelnen
iese Bestimmungen
nde Verschmelzung

ormula zusammen-
Verhältniss so zu
rn Theilhaber der-
wird, und dass mit
) cumulirt werden,
en Masse betheiligt
zur Hineinziehung
age bedarf, das er-
ber denselben auch

er plures familiae her-
ut finium regundorum,
bire coheredes vel socii
portet.
et te Titiana hereditas
, posse unum iudicium
ll hier Arndts Lehrb.
e gestatteter Klagen-
d. Röm. R. III. § 51.

o et Sciana hereditas
ring a. a. O. Zimmer-

223. 323. hier immer
nehmen.

nd die Auseinandersetzung
rbehalten können[548]).
ftreten der Parteien in zwei-
eilungsklagen bildet, so lässt
nen, dass das gedachte Ver-
er Parteien eintrete, mithin
rde, ohne geklagt zu haben
eklagt worden zu sein[549]).
eruft man sich wohl auf
e Parteien unterschiedslos
enbar mit Unrecht. Denn
gen einen verklagten Ge-
lien oder die Uebernahme
gar nicht ertheilt, sondern
itteln verfahren wurde[550]).
dass der Genosse, der sich
ss, auch den Antrag nicht
n Richter zur Adjudikation
formula duplex eben auch
iderklage vorlag; und nur
beruhn die Aussprüche der
eil sowohl Kläger als Be-
ja nun im Justinianeischen
des Prozesses unabhängig
Klage eingelassen hat oder
Theilungsklage Belangte we-
in die Lage eines Wider-
s zu verneinen. Insofern
erhaupt getheilt werde, oder
Art und Weise erfolge, oder
che Prästationen gewähre,
ge er keinen besondern An-
sives Verhältniss. So wenig

§ 4 D. fam. herc. X. 2. Diese
S. 325 ff.
Sintenis Gem. Civ.-R. I. § 29.

S. 556 ff. Zimmermann a. a. O.

Verpflichtungen eines
gegen ihn gerichteten
Kläger lediglich ab-
il dem Antrage des
durch Ueberlassung
station verfügt, tritt
der Theilungsspruch
Sache ganz oder
ger erfolgte Adjudi-
wird, entsteht aller-
Rechte eines Klägers
ehung eines Tausch-
ns die Modifikation
ten schuldig sei, als
hier dem Beklagten
Die Erklärung dafür
nheit der Theilungs-
die Theilung verfügt,
es dem Kläger nicht
des bis dahin fremden
Recht gewährt, so ge-
en Anspruch auf die
srechts vorzubehalten.
rch Realtheilung die
bloss einem, sondern
Worten: in der so-
nandersetzungsurtheil
sselbe nicht bloss dem
zuspricht.

n gleicher Weise auch
Recht feststellen, son-
he Wirkung, welche
r den Kläger geltend
ir bietet das Erkennt-
hendes Eheband auf-
e Quelle gegenseitiger
ässig beseitigt; beide
als Rechtsverlust; ja
gensrechtliche Folgen

erknüpft sind, können auch diese
s des Beklagten im Urtheil aus-
mlich steht es in allen Fällen,
sverhältniss zwischen den Par-
entweder aufgehoben oder be-
r die verweigerte Einwilligung
änzt, oder einen solchen auf
ller eine Vormundschaft oder
mehr. Auch hier kann aus
lagte Rechte für sich ableiten,
geschieht damit um desswillen
en Klageantrag von vornherein
verbundenen Folgen unter-
aber haben auch die Urtheile
daher kein Grund vorhanden,
auf Vertragsvollziehung von
Beklagten zu reden.
ntspricht es auch vollständig,
hr und mehr begonnen hat,
lemente, aus denen er zu-
mlich in die Entscheidung
getheilt werden solle, und in
[1]). Wenn nicht ein Streit
unter den Parteien besteht,
e Theilungsklage, sondern
willigen Gerichtsbarkeit, der
vermittelt. Diese besondre
den Römern nicht in Ge-
dicium divisorium kommen,
stritten oder nicht[552]).
Theilungsprozess nur dann
nten Anspruch erhebt und
es, dass dieser Anspruch
, sei es, dass er sich auf
ben bezieht. Dann wird
handelt und durch Er-
s ersetzt aber nur die

ff. Arch. XXI. 53.

g; diese selbst wird
der Richter erkannt
retung des ungehor-
ein, dass bei dieser
n letzten Schein von
och durch die zwei-
ieben ist.
nnung des Theilungs-
durchgeführt.
nt die Theilung nie
zweiten Abtheilungen
Gerichtsbarkeit zu-
ein Theilhaber eine
lirung) an, und der
it ihren Erklärungen
n zu vereinigen sind,
n, den die Parteien
llziehen. Soweit da-
werden die streitigen
und im ordentlichen
schieden. Auf Grund
fnahme des betreffen-
n durch den Richter
giebt es ausser der
elche „mit Zuziehung
lligen Gerichtsbarkeit
etzteren ist aber nur
aus keinen andern
äftigen Erkenntnisses.
t, die Theilungsklage
hwer begreiflich.

riv.R. II. § 72. Anm. 5.

. S. 655—659. und An-
r Theorie und Praxis III.

Recht bildet die Adjudi-
. Allg. Bürgerl. G. B. Un-
ch Koch irre geführt ist.

welche sich aus den vor-
rz zusammen, so sind es

eitiger Klagen (*iudicia du-*
noch im heutigen Recht.
fassten Fälle ganz verschie-

s gehörte es zur Vertheidi-
s (Wider-) Kläger mit allen
trat.
wurde jedem von beiden
lage zu erheben. Eine Ver-
rlangt nach Justinianeischem
itzklage Belangte nur durch
ler-) Kläger.
che Klagen auf Vollziehung
s. Bei allen Formen des-
werden kann, sind Kläger
nterscheiden. Eine Wider-
i und wird dann nach den
n das Urtheil die Theilung
osten des Beklagten. Diese
in der heutigen Praxis all-

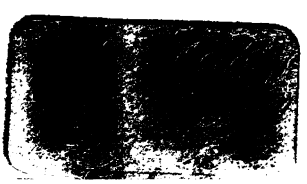
er Sammlung von
welches Werk mir

wendung des ver-
nern macht Ihering
ei Miteigenthümern
os mit dem Unter-
eil derelinquirt, so
n eo ipso als Spieler
ird, wenn zur Zeit
vorhanden ist, der
asst die Frage nach
opaedie s. h. v.
recht Breslau 1870.
t mit dem hier Ge-
entweder als Urtels-
barkeit auffasst und
r seine Darstellung
So soll das Wesen
dass der Prätor hier
hel zusammenfasste,
einschaft (!) bedingt
fällen nur der Pro-
en S. 41. 49. u. a. m.

egister.

Seite
90.
86. 143.
135
1. 49. 142.
128.
114—117. 119. 121.
130. 131.
141.
46.
105. 106.
107.
111.
125.
111. 114. 115. 119.
111. 115. 116. 118.
119 122.
129. 130.
129.
135.
117.
94.
132.
31. 67.
42. 50. 51.
32.
127.
35.
49.
122.
141.
82.
11.
41.
95.
48.

andlung (J. Reimer) in Berlin.

lin, Kommandanten-Strasse 77.

EY LEC PVs
Die sogenannten doppelseitigen
Stanford Law Library
3 6105 043 621 874